

Zur sicherungshalben Übertragung der Eigentumsanwartschaft

Christoph Loesti

'973
—

**Zur sicherungshalben Übertragung der
Eigentumsanwartschaft**

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München**

vorgelegt von

Christoph Loesti

1974



Referent: Professor Dr. Grasmann

Korreferent: Professor Dr. Rother

Tag der mündlichen Prüfung:

21. Dezember 1973

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

A. A l l g e m e i n e r T e i l

I. Anwartschaft und Anwartschaftsrecht	1
1. Die Anwartschaft	1
2. Das Anwartschaftsrecht	11
II. Inhalt und Rechtsnatur der Anwartschaft	
aus Vorbehaltskauf	20
1. Die Übertragbarkeit	23
2. Der Sukzessionsschutz	28
3. Der gutgläubige Erwerb	30
4. Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers	35
5. Der Drittschutz	46
6. Die Beständigkeit der Eigentumsanwartschaft im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers	49
7. Das Ergebnis der Untersuchungen	53

B. B e s o n d e r e r T e i l

I. Die Besitzlage beim Vorbehaltskauf	58
1. Eigen- oder Fremdbesitz des Vorbehaltskäufers	58
2. Die Voraussetzungen mittelbaren Besitzes	60
3. Das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltskäufer und -verkäufer	64
4. Sondermeinungen	68
II. Die besitzrechtliche Problematik der sicherungshalben Übertragung der Eigentumsanwartschaft	73
1. Allgemeines	73
2. Der Vorbehaltskäufer als doppelter Besitzmittler	77
3. Gleichstufiger mittelbarer Nebenbesitz oder Besitzgebäude i.S. des § 871	88

III. Das zur Besitzmittlung geeignete Rechtsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer	105
1. durch Vereinbarung zwischen dem Vorbehaltskäufer und dem Sicherungsnehmer zugunsten des Vorbehaltskäufers	105
2. durch das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen dem Vorbehaltseigentümer und dem Inhaber der dinglichen Eigentumsanwartschaft	121
3. durch die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorbehaltseigentümer und dem Erwerber der "obligatorischen" Eigentumsanwartschaft	136

IV. Das Ergebnis

1. Das Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Vorbehaltseigentümer und dem Sicherungsnehmer	142
2. Mehrfach gestufter mittelbarer Besitz i.S. des § 871 zwischen dem Vorbehaltskäufer, dem Sicherungsnehmer und dem Vorbehaltseigentümer	151

Abkürzungsverzeichnis	153
------------------------------	------------

Literaturverzeichnis	156
-----------------------------	------------

V o r w o r t

Der Eigentumsvorbehalt hat als Sicherungsmittel des vorleistenden Warenverkäufers größte Bedeutung erlangt. Für die moderne Wirtschaft ist er geradezu unentbehrlich geworden.

Steigender Kapitalbedarf machte den Kredit teuer und ohne genügende Sicherheit für den Darlehensnehmer unerreichbar. Grund und Boden stehen als Sicherheiten oft nicht zur Verfügung. Das gesetzlich geregelte Pfandrecht an beweglichen Sachen und Forderungen ist für die Wirtschaft weitgehend unbrauchbar, da ein Darlehensnehmer auf den unmittelbaren Besitz beweglicher Sachen, mit denen er einen ihm gewährten Kredit absichern will, i.d.R. nicht verzichten kann. Aus dieser Situation heraus entstand das Institut der Sicherungsübertragung und als Folge der weiten Verbreitung des Eigentumsvorbehalts die sicherungshalbe Übertragung der Eigentumsanwartschaft.

Obwohl diese Art der Sicherungsübertragung seit geraumer Zeit Eingang in die Gepflogenheiten unseres Wirtschaftslebens gefunden hat - Rspr. und Lehre haben sich nicht ernsthaft widersetzt - ist die besitzrechtliche Konstruktion einer solchen Übertragung bis heute unklar geblieben. Die andauernde tägliche Übung mag mit ein Grund sein, weshalb über die konstruktiven Schwierigkeiten hinweggesehen wird. Für den Verfasser aber war gerade die erhebliche praktische Bedeutung der sicherungshalben Übertragung der Eigentumsanwartschaft Anlaß, sich mit der ungeklärten besitzrechtlichen Problematik des Übertragungsvorganges näher auseinanderzusetzen.

I. Anwartschaft und Anwartschaftsrecht

1) Der Begriff der Anwartschaft

Der Begriff der Anwartschaft wird vom BGB nicht verwendet, auch das gemeine Recht gebrauchte ihn nicht; trotzdem hat er sich nahezu in der gesamten Literatur und Rechtsprechung Geltung verschafft¹⁾. Eine einheitliche Meinung über den Anwartschaftsbegriff aber hat sich bis heute nicht gebildet, eine ungefestigte Terminologie ist die Folge: man stößt auf Gegensatzpaare wie Aussicht (Hoffnung, Möglichkeit) und Anwartschaft²⁾, Aussicht und Rechtsanwartschaft³⁾, Aussicht und Anwartschaftsrecht⁴⁾, Anwartschaft als rechtlich gesicherte Position und schon erworbenes Vermögensrecht⁵⁾, bloße (tatsächliche) Aussicht und rechtliche gesicherte (feste) Anwartschaft⁶⁾, Anwartschaft und Anwartschaftsrecht. Dabei bleibt vielfach unklar, ob "Anwartschaft" und "Anwartschaftsrecht" gleichgesetzt werden, oder ob unter dem Begriff "Anwartschaftsrecht" eine besondere, engere Ausprägung einer

-
1. Insbesondere in der neueren Literatur finden sich kaum noch Stimmen, die die Anwartschaftslehre völlig ablehnen; so aber A. Blomeyer, ACP 153,239 ff (248): Anwartschaftslehre ist "Mystik"; Münzel, MDR 1959,345 ff (350): Anwartschaftslehre ist geboren aus "Lust zu fabulieren".
 2. z.B. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 6; Erman-Bartholomeyczik, BGB, Einl. Erbrecht Anm. 4; Würdinger, S. 44; RGZ 151,75; BGH NJW 60,524.
 3. z.B. Oertmann, Rechtbedingung, S. 125.
 4. Bartholomeyczik, aaO S. 6.
 5. RGZ 140,223.
 6. RGZ 67,425 ff; BGH LM Nr. 2 zu § 2288; BGH LM Nr. 7 zu § 23 LVO; BGHZ 12,115; Boehmer, RG Praxis III, S. 296 u.a.

anwartschaftlichen Situation verstanden wird⁷⁾. Ebenso liegt es bei dem häufig benutzten Begriff (rechtlich) gesicherte Anwartschaft; wird damit eine Einschränkung eines umfassenderen Anwartschaftsbegriffs beabsichtigt oder nur ein Wesensmerkmal der Anwartschaft angegeben?

- a) Wie aus den oben genannten Gegensatzpaaren ersichtlich ist, wird der Begriff der Anwartschaft allgemein als Rechtsbegriff verstanden. Er unterscheidet sich von der bloßen Aussicht, Hoffnung oder Chance, die im rein tatsächlichen Bereich liegen und das Warten auf den Eintritt von Ereignissen kennzeichnen, die rechtlich für sich allein meist bedeutungslos sind, auch wenn sich später aus ihnen Rechtsfolgen ergeben können⁸⁾.

Weiter stimmen Rechtslehre und Praxis darin überein⁹⁾, daß Anwartschaften und Anwartschaftsrechte nur dort vorkommen, wo ein Recht oder eine Rechtsgesamtheit für eine Person im Entstehen begriffen ist¹⁰⁾. Der Anwartschaftsbegriff ist eng mit dem des subjektiven Rechts verknüpft.

Quelle eines subjektiven Rechts ist stets ein Rechtssatz, der sich aus Tatbestand und Rechtsfolgean-

-
7. aus der Rspr. z.B. RGZ 67,429; BGHZ 12,115; BGHZ 20,99; BGH LM Nr. 2 zu § 2288; BGHZ 28,16; BGH LM Nr. 11a zu § 929; BGH NJW 59,221
8. Raiser, S. 4
9. z.B. Wolff-Raiser, SR § 2 II 3; v. Tuhr, AT 1.48 d, S. 180 ff; Würdinger, S. 43 ff; BGH NJW 55,544
10. Die anwartschaftliche Situation kennzeichnet weder den Wartezustand beim Entstehen einer Pflicht noch den sich anbahnenden Verlust eines Rechts, Forkel, S. 17.

ordnung, auch kurze Rechtsfolge genannt, zusammensetzt¹¹⁾. In der Regel besteht der Tatbestand einer rechtsgewährenden Norm aus mehreren Gliedern, sog. Tatbestandselementen oder Tatbestandsmerkmalen. Ist noch kein Tatbestandsmerkmal verwirklicht, ist juristisch "gar nichts da"¹²⁾. Das bloße Vorhandensein einer rechtsgewährenden Norm schafft nur eine für jedermann bestehende Möglichkeit, aufgrund der Rechtsordnung durch Tatbestandserfüllung Rechte zu erwerben. Sind andererseits alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht, so ist das subjektive Recht mit Vollendung des letzten Tatbestandselements entstanden. Eine anwartschaftliche Situation kann also nur vorliegen, wenn von einem mehrgliedrigen Tatbestand einer rechtsgewährenden Norm zumindest ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht ist, während andere noch ausstehen, denn nur dort entwickelt sich ein Recht.

- b) Während über diese äußere Tatbestandssituation kaum Meinungsverschiedenheiten bestehen, ist das innere Verhältnis von Tatbestand und Anwartschaft Kernpunkt des Meinungsstreits innerhalb der Anwartschaftslehre geworden: Welche oder wieviele Tatbestandsmerkmale einer rechtsgewährenden Norm müssen vorliegen, um eine Anwartschaft annehmen zu können? Eine h.M. hat sich bisher nicht deutlich herausgebildet.

Mitunter wurde versucht, eine Abgrenzung mit formalen Kriterien zu erreichen. So sollte eine An-

11. v. Lübtow, JUS 63, 172

12. v. Lübtow, JUS 63, 172

wirtschaft gegeben sein, wenn nur noch ein Tatbestandsmerkmal zum Rechtserwerb fehlte, die volle Tatbestandsverwirklichung nur noch vom Willen des "Anwärters" oder nur noch vom Zeitablauf, bzw. nicht von einem willentlichen Akt des "Anwärters" oder dritter Personen abhinge, wenn mindestens ein Tatbestandsmerkmal erfüllt wäre¹³⁾. Da jedoch gewisse Mindestanforderungen für den Rechtserwerb wie Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit etc. bei jeder Person gegeben sind, zudem diese Tatbestandselemente nichts über die Rechtsstellung und Schutzwürdigkeit des Anwärters aussagen, können diese Gesichtspunkte keine befriedigenden Abgrenzungskriterien liefern¹⁴⁾.

Brauchbarere Ergebnisse scheint eine Betrachtungsweise zu versprechen, die die bereits verwirklichten Tatbestandsmerkmale in ihrer Beziehung zur rechtsgewährenden Norm sieht¹⁵⁾.

Zwar wird gegen eine solche Differenzierung bisweilen vorgebracht, sie verstoße gegen die Gesetze der Logik, der rechtsbegründende Sachverhalt sei nur insgesamt und gleichmäßig rechtserheblich¹⁶⁾. Dieser Vorwurf trifft jedoch nicht zu. Im Hinblick auf die Entstehung des Rechts bewertet das Gesetz jedes Tatbestandsmerkmal gleich - jedes fehlende Tatbestandsmerkmal ist gleichermaßen geeignet, die konkrete Wirksamkeit des Rechtssatzes zu hindern; es steht aber kein Satz

13. vgl. Raiser, S. 6 Anm. 14; Würdinger, S. 66.

14. Raiser, S. 6.

15. auch in der Lit. durchgeführte Unterscheidungen der Tatbestandselemente stellen durchweg auf ihre Bedeutung für den Inhalt des Rechts ab, Forkel, S. 50.

16. so z.B. Müller-Freienfels, S. 212 ff.

der Logik der Annahme entgegen, daß das Gesetz die einzelnen Tatbestandsmerkmale unterschiedlich im Hinblick darauf wertet, ob dem künftig Berechtigten bereits gewisse Sicherungsmittel für seinen Rechtserwerb zur Verfügung gestellt werden sollen, oder ob dieser bereits seine Rechtsposition zu übertragen vermag¹⁷⁾.

Die Unterteilung der Voraussetzungen eines Rechtserfolges in Tatbestandselemente i.e.S. und in Wirksamkeitsvoraussetzungen ist allgemein üblich geworden¹⁸⁾; die Tatbestandsmerkmale i.e.S. weisen dem künftigen Rechtserfolg seinen genauen Inhalt zu, die Wirksamkeitsvoraussetzungen oder Rechtsbedingungen sind dafür ohne Einfluß. Diese Unterscheidung suchte man auch für das Anwartschaftsproblem nutzbar zu machen: Jedes erfüllte, inhaltsbezogene Tatbestandsmerkmal sollte eine Anwartschaft auf das Recht entstehen lassen, Wirksamkeitsvoraussetzungen dagegen eine bloße Hoffnung erzeugen¹⁹⁾. Würdinger²⁰⁾ unterteilt die Tatbestandselemente in solche des "allgemeinen" und des "besonderen" Tatbestandes; als den "allgemeinen" Tatbestand bezeichnet er die elementaren Voraussetzungen, ohne deren Vorliegen jeder beliebige Rechtserwerb ausgeschlossen

17. Forkel, S. 44, 45

18. Forkel, S. 50 m.N.; Sponer, S. 50 Anm. 14 m.N.

19. Boehmer, RG Praxis III. Bd., S. 299 ff; Hopp, S. 113; Mangik, HdwR, S. 855; Oertmann, Rechtsbedingung, S. 114 ff und BGB vor § 104, Anm. 2, 5 c; vgl. auch BGHZ 30, 240; BGH NJW 1960, S. 1713 ff; ähnliche Abgrenzungsversuche finden sich bei v. Tuhr, AT Bd. II, 1, S. 18, 30, 148; Enn.-Nipp., AT, 2. Hbd., § 136 I u. 145 Anm. 45.

20. Würdinger, S. 24

ist, so Geschäftsfähigkeit, Verfügungsfähigkeit etc. Zum "besonderen" Tatbestand rechnet er die Merkmale, die speziell für den Erwerb des betreffenden Rechts vorliegen müssen. Eine Anwartschaft soll entstanden sein, wenn mindestens ein Tatbestandsmerkmal des besonderen Tatbestands erfüllt ist²¹⁾. Forkel²²⁾ bejaht eine Anwartschaft, wenn ein Merkmal des Tatbestands i.e.S. verwirklicht ist, das den besonderen Inhalt des betreffenden Rechts wenigstens einigermaßen deutlich werden läßt, Bezug zu dessen Eigenarten aufweist und so das Recht, zu dem es hinleitet, bereits zu kennzeichnen vermag.

Gegen einen derart weit formulierten Anwartschaftsbegriff werden jedoch zu Recht Bedenken angemeldet²³⁾. Die Anwartschaft erscheint hier als bloßes Durchgangsstadium beim Erwerb eines subjektiven Rechts und faßt als leerer Ordnungsbegriff unter dem Kennzeichen "Vorstufe subjektiver Rechte" die verschiedenartigsten Erscheinungen von ganz unterschiedlichem Rechtsgehalt zusammen. Wegen der Weite des Begriffs lassen sich weder gemeinsame Regeln für die Behandlung von Anwartschaften aufstellen - das geben auch die Vertreter dieser Meinung zu²⁴⁾ - noch wird dargetan, daß das Bestehen einer solchen "Anwartschaft" in irgendeiner Weise von Bedeutung ist. Der Einwand, der propagierte Anwartschaftsbegriff sei dogmatisch nur deshalb nicht wertlos, weil die Anwartschaft

21. Würdinger, S. 68.

22. Forkel, S. 56; ebenso v. Lübtow, JUS 63, 173; Spöner, S. 51 ff; vergleiche auch Baur, SR, § 3 II 3.

23. Vor allem: Enn.-Nipp., AT, 1. Hbd., § 82 I; Raiser, S. 6; Wolff-Raiser, § 2 II 3.

24. Vgl. Forkel, S. 57

i.d.S. eine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts sei, überzeugt nicht. Weshalb einen Begriff schaffen, der anerkanntermaßen nur dazu dient, einen engeren Begriff definieren zu helfen, ansonsten aber bedeutungslos ist? Letztlich aber stellt auch diese M. unbewußt nur auf äußerliche Kriterien - der Rechtserwerb muß erkennbar sein etc. - ab, die über die Rechtsstellung des Anwärters nicht aussagen. Man erkennt zwar, daß sich die Stellung des Anwärters nicht in der Beziehung zum Rechts-satz des erstrebten subjektiven Rechts zu erschöpfen braucht²⁵⁾; der Versuch, von dieser Seite aus dem Anwartschaftsbegriff faßbaren Gehalt zu geben, wird jedoch nicht unternommen.

- c) Die Anwartschaft wird durchweg als Rechtsbegriff aufgefaßt, sie steht damit - im Gegensatz zu Begriffen, die außerhalb der Rechtsordnung liegen - zum Recht in Beziehung.

Eine solche Beziehung kann einmal dadurch entstehen, daß das Gesetz an physische oder psychische Zustände oder Vorgänge anknüpft, sie in den Tatbestand einer Norm aufnimmt und damit eine Rechtsfolge verbindet, oder aber der Begriff wird durch die Rechtsordnung erst erzeugt, ist also Produkt der Rechtsordnung. Die Anwartschaft als Aussicht auf einen Rechtserwerb ist ebenso wie das subjektive Recht nicht ohne Rechtsordnung denkbar, kann also nur bestehen, soweit sie aus der Rechtsordnung abgeleitet wird. Nimmt man also die Anwartschaft als Rechtsbegriff ernst, so muß sie eine Rechtsaussicht sein, die auf der Rechtsordnung beruht, die vom Recht verliehen wird²⁶⁾.

25. Würdinger, S. 43.

26. Würdinger, S. 44.

Im Tatbestand einer rechtsgewährenden Norm nennt der Gesetzgeber die Voraussetzungen, von denen er es abhängig machen will, daß eine Person zum Träger eines subjektiven Rechts wird und damit die rechtlichen Mittel in die Hand bekommt, ihre Interessen, soweit sie in diesem Recht geschützt sind, zu befriedigen²⁷⁾. Dieser Interessenschutz, den das Recht gewährt, setzt nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich erst mit voller Tatbestandsverwirklichung ein; denn der Gesetzgeber hat ganz bewußt aus der Fülle der einzelnen Umstände, die zu einem Lebenssachverhalt gehören, diejenigen ausgewählt, die für die Gewährung des Interessenschutzes erheblich sein sollen²⁸⁾. Er wird daher auch nur ausnahmsweise die Interessen eines Erwerbers, der nur einen Teil des für den Rechtserwerb notwendigen Tatbestandes erfüllt hat, berücksichtigen.

Diese lassen sich im Wesentlichen in zwei Gruppen teilen. Einmal geht es dem Erwerber um die Sicherung des Rechtserwerbs - so sollen Störungen, die den Erwerb hindern könnten, etwa durch Wegfall bereits verwirklichter Tatbestandsmerkmale möglichst ausgeschlossen und verhindert werden, daß das künftige Recht hinfällig oder geringwertig wird. Zum anderen will der Erwerber über den oft schon recht erheblichen wirtschaftlichen Wert, der sich hinter einem teilverwirk-

27. Der Fülle von Rechten, die es gibt, entspricht eine Fülle verschiedenster von ihnen geschützter Interessen, durch sie anerkannter Lebensgüter und Lebenswerte, Forkel, S. 23.

28. Forkel, S. 26.

lichten Tatbestand verbirgt, verfügen.

Das Gesetz hat diesen Bedürfnissen in vielen verstreuten Bestimmungen Rechnung getragen.

So sichert § 873 II den Vertragspartner, daß der Rechtserwerb nicht durch einseitigen Widerruf des Verfügenden gestört werden kann, ähnliche Bestimmungen finden sich in den §§ 145, 956 I 2. § 878 erklärt es für unerheblich, wenn der Berechtigte in seiner Verfügungsmacht beschränkt wird, nachdem der Umschreibungsantrag beim Grundbuchamt gestellt ist. Entsprechende Vorschriften enthalten auch die §§ 153, 130 II. § 162 gewährleistet durch die Fiktion des Bedingungseintritts die Tatbestandserfüllung und damit den Erwerb des Vollrechts.

§ 161 und parallel dazu die §§ 2113-2115 schützen davor, daß der Erwerb nicht in der Zwischenzeit durch außerhalb des Tatbestandsablaufs liegende Umstände in rechtlicher Hinsicht beeinträchtigt wird. § 160 gibt dem bedingt Berechtigten einen Schadenersatzanspruch sowohl bei rechtlicher als auch bei tatsächlicher Beeinträchtigung des von der Bedingung abhängigen Rechts.

Bekanntestes Beispiel für die Verfügungsmöglichkeit über ein Zwischenstadium nach Beginn und vor Abschluß der Tatbestandserfüllung einer rechtsgewährenden Norm ist die Rechtsstellung des Erwerbenden aus bedingtem oder befristetem Rechtsgeschäft. Zwar gestattet das Gesetz die Übertragung nicht ausdrücklich, sie wird jedoch von Rechtssprechung und Lehre allgemein anerkannt und auch der historische Gesetzgeber hat sie als selbstverständlich gebilligt²⁹⁾.

Die gesetzliche Anerkennung des anwartschaftlichen Erwerbsinteresses beruht - ebenso wie die

29. Mot. z. BGB I, S. 256, 261.

Auswahl der in der Norm enthaltenen Tatbestandsmerkmale - auf einer Wertung des Gesetzgebers. Dort, wo den verwirklichten Tatbestandsmerkmalen im Verhältnis zum fehlenden Tatbestandsrest und seiner Stellung innerhalb der Gesamtheit der Entstehungsvoraussetzungen des Rechts bereits ein solches Gewicht zukommt, daß eine Berücksichtigung der Erwerbsinteressen geboten erscheint, hat das Gesetz diese durch Rechtsfolgen minderen Umfangs anerkannt³⁰⁾. Wie sich andererseits die den Erwerbsinteressen entgegenstehenden Interessen auswirken müssen, wenn der Tatbestand einer rechtsgewährenden Norm nur teilweise erfüllt ist, ergibt sich aus dem legislativen Zweck der noch fehlenden Tatbestandsmerkmale³¹⁾.

Die bereits anerkannten Interessen des Erwerbers bezeichnet man als Vorwirkungen des Voll-Rechts, da sie dem später entstehenden Recht vorausgehen³²⁾. Daß die Rechtsvorwirkungen mit der Anwartschaft zu verknüpfen sind, war keineswegs unbestritten³³⁾. Wenn man jedoch erkannt hat, daß das Gesetz die Norm aufgrund einer Wertung von einzelnen Tatsachen gewinnt, kann die Rechtswirkung auch immer nur den bereits verwirklichten Tatbestandselementen, als deren gegenwärtiger verwirklichter Zustand sich die Anwartschaft darstellt, zugeschrieben werden³⁴⁾. Das Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale, das für die Anerkennung der Erwerbsinteressen von ausschlaggebender Bedeutung

30. Vgl. Forkel, S. 25 ff; v. Lübtow, JuS 63, 173; Oertmann, S. 6; Sponer, S. 53.

31. Forkel, S. 27 m.w.N.

32. Vgl. v. Tuhr, II 1, S. 19.

33. Zusammenstellung der wichtigeren Deutungsversuche für die Vorwirkungen bei Forkel, S. 64 ff.

34. Sponer, S. 53.

ist und den Umfang der Vorwirkung bestimmt, läßt sich nicht nach formalen Kriterien, sondern nur durch eine Wertung wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Faktoren bestimmen³⁵⁾; diese stehen nicht ein für allemal fest, sondern sind entsprechend den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs einer Wandlung fähig.

Für den Anwartschaftsbegriff folgt daraus: von einer Anwartschaft sollte immer nur dann gesprochen werden, wenn ein teilverwirklichter Tatbestand nicht nur ein bloßes Durchgangsstadium im Erwerbsvorgang darstellt, sondern über seine Bedeutung als "Vorbedingung" für den künftigen Rechtserwerb hinaus für sich schon in irgendeiner Weise rechtserheblich ist.

Die hier vertretene Meinung lehnt sich eng an die von Raiser³⁶⁾ an. Sie vermeidet jedoch den Gebrauch des leicht mißverständlichen Raiser'schen Kriteriums "rechtlich anerkannte selbständige Funktion der Vorstufe"; denn eine Anwartschaft kann - so auch Raiser - nicht nur angenommen werden, wenn das Gesetz selbst irgendwelche Rechtsfolgen an den teilverwirklichten Tatbestand knüpft, sondern immer dann, wenn die Wertung des teilverwirklichten Tatbestandes, die von wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Faktoren abhängt, eine solche gebietet.

2) Das Anwartschaftsrecht

- a) Die g.h.L. und die Rspr. erkennen einer Anwartschaft - meist ohne Angabe von Gründen - dann Rechtscharakter zu, wenn der künftige Rechtser-

35. Raiser, S. 7

36. Raiser, S. 7

werb "sicher" erscheint³⁷⁾. Dabei muß, was nicht immer geschieht³⁸⁾, die tatsächliche von der rechtlichen Sicherheit unterschieden werden.

Die tatsächliche Sicherheit der Erwerbsaussicht ist von schwankenden außerrechtlichen Faktoren abhängig; bei dem wohl wichtigsten Fall der Anwartschaft, dem unter einer rechtsgeschäftlichen Bedingung gestellten Rechtserwerb, beeinflußt auch nur ein äußerst unwahrscheinlicher Eintritt der Bedingung den Rechtsschutz nicht³⁹⁾. Die tatsäch-

37. Arnold, S. 17; Barth, Gruch. 58, S. 577 ff, 582 ff; Biermann, BGB I, S. 299; Crome, BGB I, § 33; Endemann, HdwR 1, S. 237; Heck, SR, § 111, S. 445; Hopp, S. 117, 120 ff, 135; Kupfer, S. 42 ff; Radke, S. 9 ff; Ronke, S. 96, 97; Staud.-Boehmer, BGB, Einl. zu § 1922, § 27 Anm. 17; Staud.-Seufert, BGB, Einl. zum SR, Anm. 3; Strohal, S. 135 ff, 145; Walsmann, S. 141; Westermann, SR, § 5 III 3a; RGZ 139, 347; BGH NJW 1955, 544; BGHZ 27, 368: ein Anwartschaftsrecht liegt vor, wenn bei mehraktigem Entstehungsbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere an der Entstehung des Rechts Beteiligte nicht mehr durch einseitige Erklärung oder durch Unterlassen einer Erklärung zu zerstören vermag. BGHZ 49, 197 ff: für ein Anwartschaftsrecht genügt, daß eine Beeinträchtigung der Rechtsposition des Erwerbers "nach dem normalen Verlauf der Dinge ausgeschlossen" ist.

38. Zitelmann, IPR II, S. 51; nicht eindeutig auch v. Tuhr 1, S. 182.

39. Anders § 154 KO - aufschiebend bedingte Forderungen sind im Konkurs zwar sicherzustellen, § 67 KO, sind jedoch bei der Schlußverteilung nicht zu berücksichtigen, wenn die Möglichkeit des Bedingungseintritts so entfernt erscheint, daß sie keinen Vermögenswert haben; ähnlich auch § 1986 II 2 - eine Rechtsfolge wird hier nach dem Gesetz nur dann zuerkannt, wenn die Möglichkeit der Tatbestandsvervollständigung nicht zu entfernt erscheint und der bedingten Forderung deshalb ein Vermögenswert zukommt.

liche Sicherheit der Erwerbsaussicht ist daher kein geeignetes Kriterium für die Annahme eines Anwartschaftsrechts⁴⁰⁾.

Welche Anforderungen an die rechtliche Sicherheit zu stellen sind, wird in der Regel nicht weiter ausgeführt. Allenfalls finden sich Formeln wie: der Anwärter müsse eine rechtlich gesicherte Position haben, die der Veräußerer nicht mehr durch einseitige Erklärung oder das Unterlassen einer Erklärung zu zerstören oder zu entziehen vermöge⁴¹⁾; oder dieser dürfe die Rechtsstellung des Anwärters nicht einseitig beeinträchtigen oder vernichten können⁴²⁾.

Aus dem Gebot der rechtlichen Sicherheit lassen sich jedoch, die Richtigkeit des Ansatzpunktes einmal unterstellt, eindeutige Kriterien für die Rechtsnatur einer Anwartschaft nicht herleiten, denn es sollen keineswegs alle die Erwerbsinteressen des Anwärters sichernden Vorschriften hierfür ausreichen. So ist man sich fast allgemein darüber einig, daß einem durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament eingesetzten Erben oder Vermächtnisnehmer trotz Bindung in der Testierfreiheit und trotz der §§2287, 2288 noch keine "rechtlich gesicherte Anwartschaft" zukommt⁴³⁾. Vergebens sucht man darzulegen, welche Art der rechtlichen Sicherung genüge und welche nicht⁴⁴⁾. Die oben aufgeführten Abgrenzungs-

40. Forkel, S.105 m.w.N.; a.A. z.B. OLG Königsberg DRZ Rspr. 1933 Nr. 6.

41. BGH NJW 1955, 544; BGHZ 27, 368; OLG Celle NJW 58, 871; Westermann, SR, §5 II 3a; Michaelsen, S.2 ff; ähnlich v. Tuhr, II 1. Hbd., S.182, der auf die freie Entschließung des Vorberechtigten oder dessen, gegen den sich das zu erwerbende Recht richtet, abstellt.

42. So Boehmer, RG Praxis III, 293, 310, 312; Hieber, DNotZ 1959, 351.

43. Vgl. BGHZ 12, 115; BGH FamRZ 1957, 171; BGH NJW 1960, 524; BayObLGZ 52, 289; Staud.-Boehmer, BGB, Einl. zum Erbrecht, §20 Anm. 1, 2.

44. Vgl. Forkel, S.106 m.w.N.

versuche beziehen sich zudem nur auf Anwartschaften, die beim derivativen Erwerb auftauchen können; weiter ungeklärt bleibt, wann beim **originären Entstehen** eines Rechts, das sich als rechtlich gesichert darstellt, von einem Anwartschaftsrecht gesprochen werden kann. Daß Anwartschaften der nicht erfaßten Art stets oder nie Rechtscharakter haben, behauptet kein Vertreter dieser Meinung⁴⁵⁾.

Die Qualifizierung einer Anwartschaft als Recht wird auch nicht in allen Fällen daran scheitern, daß etwa der Veräußerer einseitig in die Rechtsstellung des Erwerbers einzugreifen vermag. Häufig genug ist es doch gesetzlich vorgesehen oder zugelassen, daß derjenige, der das Recht eingeräumt hat, bzw. der, gegen den es sich auswirkt, dieses einseitig durch Kündigung, Rücktritt, Widerruf oder in sonstiger Weise beeinträchtigen kann, ohne daß darum schon von irgendeiner Seite Bedenken gegen die Rechtseigenschaft der betroffenen Situation vorgebracht wurden. Ja, die h.L. spricht selbst dann, wenn die volle Existenz einer Forderung noch von einer Wollensbedingung zugunsten des Verpflichteten abhängt, von einem gegenwärtigen Recht⁴⁶⁾.

- b) Noch größere Unsicherheit herrscht darüber, ob diese so gewonnenen "Anwartschaftsrechte" als subjektive Rechte angesehen werden können. Vielfach begnügt man sich mit vorsichtigen Formulierungen, wie die Anwartschaft werde praktisch schon als subjektives Recht behandelt, sei einem solchen weitgehend gleichzustellen, man könne dem subjektiven Recht

45. Vgl. Forkel, S. 107.

46. V. Tuhr, AT, 1. Hbd., S. 182; Ennecc.-Nipp., AT, 2. Hbd., §194 IV 3.

analoge Rechtswirkungen annehmen⁴⁷⁾.

Bei näherer Betrachtungsweise drängt sich der Verdacht auf, daß die Abgrenzungstheorie der rechtlichen Sicherheit das Ergebnis induktiven Vorgehens ist. Nachdem man überwiegend der Anwartschaft aus bedingtem Recht Rechtscharakter zugesprochen hatte, stellte man die durch das Gesetz erfolgte Ausgestaltung dieser Anwartschaft - nämlich Schutz der Anwartschaft in ihrem rechtlichen Bestand und Bindung der Beteiligten (§§159 ff) - als allgemeine Kriterien für das Bestehen eines Anwartschaftsrechts überhaupt auf. Ein solches Vorgehen wäre aber nur dann zulässig gewesen, wenn der Nachweis erbracht worden wäre, daß gerade diese Erscheinungen Anlaß geben, Anwartschaften als selbständige und gegenwärtige Rechte anzusehen⁴⁸⁾. Ein solcher Versuch wurde jedoch nicht unternommen.

Die Unsicherheit, wann einer Anwartschaft Rechtscharakter zukommt, läßt sich am besten durch eine Würdigung der an den Übergangszustand geknüpften Vorwirkungen des entstehenden Rechts ausräumen. Diese sind auf ihren Rechtscharakter hin zu untersuchen, denn nicht alle Rechtsstellungen verdienen die Bezeichnung subjektives Recht.

Das subjektive Recht ist heute wieder unbestritten⁴⁹⁾ermaßen der Zentralbegriff unserer Rechtsordnung.

Will man diesen Begriff nicht verwässern, so kann eine Anwartschaft immer nur dann als subjektives Recht bezeichnet werden, wenn ihre Vorwirkungen sämtliche Voraussetzungen eines subjektiven Rechts

47. Statt Vieler: Ennecc.-Nipp., 1. Hbd, §§72 III, 82 II 4; BGHZ 30, 203.

48. Forkel, S.107.

49. Raiser, JZ 1961, 465.

erfüllen. Nach dieser Begriffsbestimmung wird allerdings nur selten eine Anwartschaft Rechtscharakter tragen. Dies dürfte mit der Grund sein, weshalb nicht das subjektive Recht, sondern nur Einzelmomente daraus als Maßstab für das Anwartschaftsrecht genommen und so an das Anwartschaftsrecht geringere Anforderungen als an sonstige Vollrechte gestellt werden⁵⁰⁾.

Seit Regelsberger⁵¹⁾ wird das subjektive Recht als Willens- oder vorsichtiger als Rechtsmacht zum Zwecke des Interessenschutzes bezeichnet⁵²⁾. Ein Recht im technischen Sinn liegt demnach nur vor, wenn sich die von der Rechtsordnung anerkannte Macht als ein festes, der Person zugeordnetes Machtverhältnis darstellt. Das bloße Bestehen von Rechtsgeboten (Normen) zugunsten einer Person gibt ihr noch nicht die Erlaubnis oder Befugnis, irgendwie ihren Willen zu betätigen und durchzusetzen⁵³⁾. Ein solcher Normenschutz schafft nur einen Rechtsreflex, jedoch kein subjektives Recht.

Auf die Vorwirkungen des Vollrechts bei der Anwartschaft übertragen bedeutet dies, daß alle Vorwirkungen, die kraft Gesetzes und nicht erst durch die freie Willensbetätigung des Anwärters eintreten, keinen deutlichen Anhalt dafür geben, ob eine Anwartschaft als Anwartschaftsrecht betrachtet werden kann. Zum unumgänglichen Wesenszug eines subjektiven Rechts gehört nämlich, daß die Rechtsordnung es dem Begünstigten überläßt, ob er sein geschütztes Interesse wahrnimmt und durchsetzt⁵⁴⁾.

50. Spöner, S. 58.

51. Regelsberger, Pandekten, § 14.

52. Vgl. v. Tuhr, AT, 1. Hbd., § 1; H. Lehmann, AT, S. 79 ff; Enn.-Nipp., AT, 1. Hbd., § 72 II ; Staudinger-Coing, BGB, Vorbem. 20 zu § 1, jeweils mit w.N.

53. Enn.-Nipp., AT, 1. Hbd., § 72 I.

54. H. Lehmann, AT, S. 81, 83; Lange, AT, S. 12; Enn.-Nipp., AT, 1. Hbd., § 72 I; v. Tuhr, AT, 1. Hbd., S. 54 ff.

So können z.B. die Bindungswirkung des §873 II, die in §878 ausgesprochene Unschädlichkeit des Wiederentfallens schon verwirklichter Tatbestandsmerkmale, die Unwirksamkeit beeinträchtigender Zwischenverfügungen (§§161,2113) nicht als deutlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts gelten.

Eher Aufschluß über den Rechtscharakter einer Anwartschaft vermögen die Vorwirkungen zu geben, deren Eintritt vom Willen des Anwärters abhängt. Aber auch hier ist Vorsicht geboten. So folgt aus der Befugnis des Anwärters, den zum Vollrechtserwerb erforderlichen Tatbestand durch eigenes Handeln zu vollenden zwar, daß er Inhaber eines Gestaltungsrechts, aber nicht ohne weiteres, daß er auch Inhaber eines Anwartschaftsrechts ist⁵⁵⁾. Die vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit, bei Beeinträchtigung der Anwartschaft Schadensersatz zu fordern - so z.B. §160 - rechtfertigt nach wohl allgemeiner Meinung noch nicht den Schluß, daß dem Erwerbsinteresse ein Recht entsprechen soll⁵⁶⁾. Auch die den Rechtserwerb des Anwärters sichernden Rechtsätze (vgl. insbesondere §§2116 ff) zwingen nicht zur Annahme, die Anwartschaft trage Rechtscharakter, sondern stellen lediglich ein Indiz hierfür dar⁵⁷⁾. Aus der Vormerkbarkeit bedingter Ansprüche läßt sich ebenfalls nicht mit Sicherheit herleiten, diese seien schon gegenwärtige Rechte, denn §883 I 2 erlaubt die Vormerkung künftiger Ansprüche.

55. Das Gestaltungsrecht gibt die spezielle Befugnis, den Rechtserwerb unmittelbar durch eigenes Handeln ohne eine dazwischengeschaltete Verpflichtung eines anderen zu vollenden; das Anwartschaftsrecht dagegen bezweckt den Schutz einer bereits rechtlich als vollwertig anerkannten Tatbestandsstellung, vgl. hierzu Spöner, S.64 ff.

56. Forkel, S.90 m.w.N.

57. V.Lübtow, JuS 63,173.

Die Übertragbarkeit der Anwartschaft, jedenfalls als negatives Kriterium aufzustellen, erscheint ebenso ungeeignet. Da das Anwartschaftsrecht keine weiteren Befugnisse als das Vollrecht geben kann, scheidet eine Übertragbarkeit immer dann aus, wenn das Vollrecht nicht übertragen werden kann, z.B. wegen seiner höchstpersönlichen Natur.

Diese Beispiele mögen zeigen wie unsicher eine Methode ist, die nur Einzelmerkmale eines subjektiven Rechts als Kriterium für das Bestehen eines Anwartschaftsrechts herausgreift, und wie sehr mit ihr die Gefahr verbunden ist, dem subjektiven Recht die zentrale Bedeutung für unsere Rechtsordnung zu nehmen.

- c) Die verstreuten Bestimmungen des positiven Rechts können keinen passenden Schlüssel für die Frage, wann einer Anwartschaft Rechtscharakter zukommt, bieten, da sich der Gesetzgeber der Problematik der Anwartschaftsrechtslehre nicht bewußt war. Auch dort, wo das Gesetz zu dem Problem, in welchem Umfang die Erwerbsinteressen des Anwärters schutzwürdig sind, schweigt, braucht dies nicht schlechthin zur Verneinung eines Anwartschaftsrechts zu führen. Die Definition des subjektiven Rechts, in der von Gewährung durch die Rechtsordnung die Rede ist, meint nicht, es müsse stets eine ausdrückliche Anerkennung erfolgen, sondern betrifft die Rechtsordnung insgesamt und damit zugleich die mittelbare Anerkennung, die sich insbesondere aus den dem positiven Recht zu entnehmenden Wertungen ergibt. Da der Gesetzgeber aber nur solche Gebiete regelt, auf denen gerade ein Bedürfnis für sein Eingreifen besteht, bleiben stets Lücken, hervorgerufen durch eine Veränderung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse⁵⁸⁾. Diese Lücken sind durch schöpferische

58. Forkel. S. 119.

Rechtsanwendung auch auf dem Gebiet der Anwartschaftslehre zu schließen.

Wann eine Anwartschaft Rechtscharakter trägt, läßt sich nur durch eine umfassende Analyse des bereits verwirklichten Tatbestandes und der daran geknüpften Vorwirkungen feststellen: je umfassender die Rechtsstellung des Anwärters, desto eher kann ein Anwartschaftsrecht angenommen werden. Bloße Gebundenheit des bisherigen Rechtsinhabers oder Gegenstandes wird für sich allein nicht genügen; wenn darüber hinaus dem Anwärter eine selbständige, in seinen Willen gestellte Rechtsmacht zum Schutze seiner Interessen zugestanden wird, ihm also Sicherungs- und Abwehrrechte zur Verteidigung seines Interesses am künftigen Erwerb des Vollrechts gegenüber dem Vorberechtigten oder gegenüber dritten Störern zur Seite stehen, so spricht das stark für den Rechtscharakter⁵⁹⁾. Daneben ergibt insbesondere die Anerkennung einer selbständigen Verfügungsbefugnis des Anwärters über die bereits erworbene Position und die ihm zugestandene Nutzung des Vollrechts in Gestalt von Sach- oder Rechtsnutzung einen Hinweis auf den Rechtscharakter; denn sie enthält die Anerkennung eines von der Rechtsordnung gebilligten Interesses und den Ausspruch der Befähigung des Anwärters, sein Interesse auf diesem Wege nach Belieben geltend zu machen⁶⁰⁾.

59. Raiser, S. 6 ff; vgl. auch Ungerer, S. 200.

60. V. Lübtow, JuS 63,173; Forkel, S.94 ff, 108 ff, die aber ein Anwartschaftsrecht stets annehmen, wenn über die erworbene Position verfügt werden kann.

II. Inhalt und Rechtsnatur der Anwartschaft aus Vorbehaltskauf

Nach dem Grundgedanken des gegenseitigen Vertrages braucht der Verkäufer die Pflicht zur Übereignung und Übergabe der verkauften Sache nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises zu erfüllen, §320. Aufgrund der Absatzlage, des Wettbewerbs oder der wirtschaftlichen Verhältnisse seines Vertragspartners ist aber der Verkäufer oft gezwungen, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben, bevor er von diesem den Kaufpreis erhält. Dann besteht ein dringendes Sicherungsbedürfnis für den vorleistenden Verkäufer. Dem kann am besten dadurch Rechnung getragen werden, daß sich die Parteien im Kaufvertrag oder jedenfalls bei der Übergabe darin einig sind, es solle Eigentum nicht schon in diesem Zeitpunkt, sondern erst dann übergehen, wenn der Kaufpreis vollständig bezahlt ist⁶¹⁾. Die Verfügung über das Eigentum erfolgt hier unter einer aufschiebenden Bedingung, §158 I⁶²⁾. Ist ein solcher Eigentumsvorbehalt vereinbart, gibt das Gesetz - die Parteien werden sich oft über dessen rechtliche Konstruktion im unklaren sein - in §455 eine sachen- und eine schuldrechtliche Auslegungsregel: Die Übertragung des Eigentums erfolgt unter der aufschiebenden Bedingung⁶³⁾ der

-
61. Typische Vereinbarung: Die Ware bleibt bis zur vollständigen Zahlung Eigentum des Verkäufers.
 62. Da §925 II Auflassungen unter Bedingung oder Zeitbestimmung verbietet, kommt ein Eigentumsvorbehalt nur für bewegliche Sachen in Betracht.
 63. Der Eigentumsvorbehalt kann aber, da § 455 nur eine Auslegungsregel gibt, auch derart vereinbart werden, daß das Eigentum sofort an den Käufer übergeht und bei Auflösung des Vertrages an den Verkäufer zurückfällt, vgl. Georgiades, S.157 ff.

vollständigen Zahlung des Kaufpreises; der Verkäufer ist zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.

Das Gesetz berücksichtigt das Erwerbsinteresse des Vorbehaltskäufers, der oft schon einen erheblichen Teil des Kaufpreises gezahlt hat, während des von den Parteien selbst geschaffenen Schwebezustandes bis zum Eintritt der Bedingung durch die §§ 158 ff. Der Käufer hat so bereits eine gesicherte Rechtsstellung inne - vgl. insb. §§ 160, 161 - die es rechtfertigt, von einer Anwartschaft auf das Eigentum zu sprechen.

Ansonsten schweigt das Gesetz bezüglich der sachenrechtlichen Folgen der bedingten Übereignung. Es wurde deshalb zur Aufgabe von Rspr. und Lehre, die vom Gesetzgeber nicht erfaßte sachenrechtliche Problematik in den Griff zu bekommen. Entsprechend den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens, insbesondere dem Sicherungsbedürfnis des Kreditverkehrs, der das Bestreben hat, jede Tatbestandsituation beim Erwerb eines Rechts, hinter der bereits ein realer Vermögenswert steckt, zu erfassen, entwickelte sich die anfänglich nur als zufälliges Nebenprodukt betrachtete Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers zu einem äußerst bedeutsamen Rechtsgebilde. Rspr. und Lehre haben schließlich die tatsächliche und rechtliche Ausschöpfung des Eigentumsvorbehalts in allen nur denkbaren Modifikationen⁶⁴⁾ zugelassen.

64. Vgl. Baur, SR, § 59 I 4; v. Caemmerer, JZ 1953, 97; Larenz, SchR. II, § 39 II c; Serick I, S. 75 ff; Soergel-Ballerstedt, BGB, § 455 Anm. 5; Soergel-Mühl, BGB, § 929 Anm. 19 ff.

Mit der wachsenden Bedeutung der Eigentumsanwartschaft entstand auch ein gesteigertes Bedürfnis, ihre Rechtsnatur einer dogmatischen Klärung zuzuführen. Wer einen solchen Versuch unternimmt, muß sich auf die allgemein bekannten und anerkannten Prinzipien der Wertungsjurisprudenz besinnen. Dieser Hinweis mag zwar einem oberflächlichen Betrachter überflüssig erscheinen, er ist es aber in der Tat nicht. Die Begriffsjurisprudenz, die versuchte, aus formalen Begriffen Ergebnisse zu deduzieren, wird zwar allgemein als überwunden und durch eine Interessenjurisprudenz ersetzt betrachtet; bei der Anwartschaftslehre jedoch erscheint diese Wertungsmethode allzuoft in Vergessenheit geraten zu sein, wie die insb. bei der Anwartschaft aus Vorbehaltskauf angewandte "Beschreibungstheorie"⁶⁵⁾ zeigt. Sie verwendet statt der Begriffe wertheigene, anschauliche Bilder und will diese für die Anwartschaftsproblematik nutzbar machen, indem sie durch diese Bilder die Ergebnisse vorweg zu bestimmen sucht. In diesem Zusammenhang ist von einem dinglich wirkenden⁶⁶⁾; einem dem dinglichen Recht nahestehenden Recht⁶⁷⁾, von einer Vorstufe des Eigentums⁶⁸⁾, die im Vergleich zum Eigentum kein aliud, sondern ein wesensgleiches Minus darstelle⁶⁹⁾, von einem dem Voll-

65. Eichler, Inst. I, S.52, Fußn. 20; Schnorr v. Carolsfeld AcP, 145,348 ff; Schwister, JW 1933,1762 ff; Staud.-Ostler, BGB, §455 Anm. 43; Staud.-Berg, §929 Anm. 286; Zunft, NJW 1956,1420.

66. Staud.-Berg, BGB, §929 Anm. 28 c.

67. Westermann, SR, §5 III 3c und §44.

68. BGHZ 28, 16 ff; 30,374; 35,85 ff.

69. Holtz, DJZ 1934,461; Schwister, JW 1933,1762; Staud.-Berg, BGB, §929 Anm. 28; BGHZ 28,16 ff.

recht ähnlichen⁷⁰⁾ oder wesensgleichen Recht⁷¹⁾ die Rede.

Mit einer solchen Bildersprache, die letztlich nur schlagwortartig und ohne scharfe Abgrenzung sein kann, lassen sich aber weder Rechts- noch Systemfragen sicher lösen⁷²⁾. Es geht auch nicht an, wie Raiser⁷³⁾ zutreffend betont, die Eigentumsanwartschaft zwar unter die subjektiven Rechte einzuordnen, aber offen zu lassen, welcher Art dieses Recht sein solle.

Der allein gangbare Weg, Inhalt und Rechtsnatur der Anwartschaft zu bestimmen, ist das Aufzeigen der widerstreitenden Interessen der am Vorbehaltskauf beteiligten Verkehrskreise und das Abwägen dieser Interessen anhand der vom Gesetz dafür vorgesehenen Wertungen⁷⁴⁾. Die auf diese Weise gewonnenen Einzelergebnisse sind dann in einer umfassenden Gesamtschau der Rechtsstellung des Anwärters zu würdigen. Tatbestandselemente des Vorbehaltskaufs, an denen eine solche Wertung ansetzen muß, sind der Kaufvertrag, der Besitz der Sache durch den Verkäufer und die bedingte Über-eignung.

1. Die Übertragbarkeit

Der Vorbehaltskäufer kann seine Anwartschaft übertragen; das ist seit langem in Rspr. und Literatur

70. BGHZ 20,88.

71. BGH WM IV B 1957,516.

72. Flume, AcP 161,408.

73. Raiser, S.50.

74. Vgl. Sponer, S.85.

anerkannt⁷⁵⁾.

Von der Anwartschaftsübertragung zu unterscheiden ist die Verfügung über die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sache. Eine solche kann von dem Vorbehaltskäufer auf zweierlei Weise vorgenommen werden: Entweder er veräußert die Sache als nicht Berechtigter, § 185, ohne Verfügungsermächtigung,⁷⁶⁾ dann kann der Erwerber über §185 II bzw. §§ 932 ff Eigentum erwerben, oder der Vorbehaltskäufer verfügt unter der Bedingung, daß er inzwischen selbst Eigentümer wird. Im letzteren Falle handelt es sich um eine Verfügung unter einer Rechtsbedingung, so daß die §§158 ff hier nicht anwendbar sind. Ob eine Übertragung der Eigentumsanwartschaft oder eine Übertragung des Eigentums unter der Bedingung, daß der Eigentumsvorbehaltskäufer zuvor Eigentum erworben hat, gewollt ist, läßt sich meist allein aus dem Wortlaut der Parteivereinbarung nicht entnehmen. Die Auslegung der Erklärungen, §§133,157, wird ergeben, daß im Zweifel eine Übertragung der Anwartschaft beabsichtigt ist: Dem Vorbehaltskäufer liegt es näher, über die ihm zustehende Anwartschaft als über das fremde Eigentum - allerdings unter aufschiebender Bedingung - zu verfügen; andererseits ist für den Erwerber die Übertragung der Anwartschaft

75. Für alle: Sponer, S.97 m.w.N.

76. Diese Übertragungsart war der Ausgangspunkt der Entwicklung zur heutigen Anwartschaftsübertragung, vgl. OLG Frankfurt, HRR 1930,1209. Bis RGZ 140,223 ff hatte man nur von einer Zession des Eigentumsverschaffungsanspruchs, §§413,398 ff, oder von einer Verfügung über das beim Verkäufer gebliebene Eigentum gesprochen, vgl. Bendix, KGBL 106,72; Brandis, JW 1931,505; Siebert, JW 1933,2440; Strohm, Diss.; RGZ 95,105.

günstiger, denn, wird der Käufer nunächst Eigentümer, können Pfandrechte an der Sache wirksam werden, so daß er nur belastetes Eigentum erwerben würde.

Die Übertragung der Eigentumsanwartschaft erfolgt nach den für das Fahrniseigentum geltenden Regeln der §§ 929 ff, hierüber bestehen kaum noch Unstimmigkeiten⁷⁷⁾. Eine Begründung freilich wird meist nicht angegeben, allenfalls begnügt man sich mit einem Verweis auf die subjektive oder dingliche Rechtsnatur der Anwartschaft oder auf die "bildhafte" Ähnlichkeit mit dem Vollrecht.

Für die Übertragbarkeit als solche spricht die aus der Wertung der §§ 929 ff, 158 ff, 854 ff zu entnehmende Selbständigkeit der Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers. Die Übertragung entsprechend den Fahrnisregeln erklärt sich daraus, daß der Käufer seine Anwartschaft durch bedingte Einigung und Übergabe erworben hat, er kann sie daher auch nur in derselben Weise übertragen; auch würde eine Übertragung der Anwartschaft durch schlichten Abtretungsvertrag, in der zugleich eine mittelbare Eigentumsübertragung eingeschlossen ist, dem Publizitätsprinzip des Sachenrechts widersprechen⁷⁸⁾. Es würde so Eigentum übergehen, ohne daß der Erwerber irgendeine Art von Besitz erhielte.

Mit Übertragung der Anwartschaft tritt der Erwerber in die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers ein. Wird nun die Restkaufpreisschuld bezahlt, so geht das Eigentum unmittelbar vom Verkäufer auf den Anwartschaftserwerber über. Es ist weder eine

77. Vgl. Literaturnachweise bei Serick I, §11 III 1.

78. Georgiades, S. 26.

Mitwirkungshandlung der ursprünglichen Vertragsparteien noch ein dahingehender Wille des Verkäufers erforderlich. Ein Durchgangserwerb des Vorbehaltskäufers als Vormann des jetzigen Anwärters findet nicht statt⁷⁹⁾.

Rechtsdogmatisch wird der Direkterwerb begründet mit der Gleichstellung von Anwartschaft und Eigentum⁸⁰⁾, mit der dinglichen Natur der Eigentumsanwartschaft⁸¹⁾, mit der Natur des bedingten Rechts, das dort zum Vollrecht erstarken soll, wo es sich im Zeitpunkt des Bedingungseintritts befindet⁸²⁾, oder mit dem Argument, der Inhaber der (stärkeren) Eigentumsanwartschaft könne nicht schlechter behandelt werden als der nur obligatorisch berechnigte Käufer, der jederzeit über seine Forderung verfügen könne⁸³⁾. Am besten läßt sich wohl der Direkterwerb mit dem Hinweis rechtfertigen, daß allein derjenige das Vollrecht erwirbt, der alle Normtatbestandselemente einmal auf sich vereinigt. Da der verfügende Vorbehaltskäufer kein Tatbestandsteil mehr inne hat, verneint man zurecht den Durchgangserwerb für seine Person⁸⁴⁾.

Oft, insb. bei Formularverträgen, wird zwischen

-
79. So die g.h.M., vgl. BGHZ 20,88 mw.N.; Westermann, SR, §44 II 4; anders noch das RGZ 140,233 ff., das für die Wirksamkeit der Anwartschaftsübertragung die Zustimmung des Verkäufers verlangte.
80. Letzguß, S. 16 ff; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Anh. zu §368 Anm. 28,29 m.w.N.
81. Holtz, Diss. S. 26; Jacobi, JW 1930,332; Merkel, JW 1931,2088;
82. Bauknecht, NJW 1954,1773.
83. BGHZ 20,88 ff.
84. Spöner, S. 89.

Vorbehaltskäufer und -verkäufer vereinbart, ersterer dürfe nicht oder nur mit Zustimmung des Verkäufers über die Eigentumsanwartschaft verfügen. Ein solches Verbot entfaltet keine Außenwirkung⁸⁵⁾: §399 2. Alt., der unmittelbar nur für Forderungen gilt, kann wegen seines Ausnahmecharakters und der Wesensverschiedenheit von Eigentumsanwartschaft und Forderung auch nicht über §413 entsprechend auf die Anwartschaft des Vorbehaltskäufers angewendet werden⁸⁶⁾. Die Außenwirkung einer solche Übereinkunft kann auch nicht durch den vertraglichen Ausschluß der Veräußerlichkeit der Anwartschaft erreicht werden.⁸⁷⁾ §137 verbietet jede rechtsgeschäftliche Begrenzung der Befugnis zur Verfügung über ein prinzipiell veräußerliches Recht. Wird einem übertragbaren Recht rechtsgeschäftlich diese Eigenschaft genommen, so daß es durch Privatabrede höchstpersönlich wird, fällt dieser Tatbestand zwar streng genommen nicht unter §137. Im Ergebnis besteht aber kein Unterschied zwischen der Begrenzung der Rechtsausübung durch Entzug der Verfügungsbefugnis und vereinbartem Ausschluß der Weiterübertragung: der Rechtsinhaber darf in beiden Fällen nicht veräußern (sog. Erfolgside ntität). Andererseits ist die Übertragbarkeit Voraussetzung für die Existenz der Verfügungsmacht; das Gesetz verleiht Verfügungsmacht nur über veräußerliche Rechte, so daß zwischen Verfügungsbefugnis und Veräußerlichkeit eine wechselseitige Abhängigkeit besteht. Ein Ausschluß der

85. BGH NJW 1970,699; Rose, NJW 1970,1501; Schnorr v. Carolsfeld, S.180.

86. BGH NJW 1970,699.

87. So aber v. Tuhr, AT, II/2, S.306 Anm. 97

Veräußerlichkeit käme der Beseitigung der Verfügungsmacht gleich. Der Umweg, über den vertraglichen Ausschluß der Veräußerlichkeit dem Verbot absolute Wirkung zu verleihen, muß so am Normzweck des §137 scheitern⁸⁸⁾.

2. Der Sukzessionsschutz

Nach dem von Eichler⁸⁹⁾ geprägten Ausdruck genießt ein Recht Sukzessionsschutz, wenn es nicht bloß an eine bestimmte Person gebunden ist, so daß es sich nur ihr gegenüber durchsetzen läßt, sondern einschränkend oder belastend an dem Recht hängt, von dem es sich herleitet und damit eine Rechtsnachfolge in dieses trotz kollidierender Verfügungen überdauert. So setzt sich etwa das beschränkte dingliche Recht, das auf einem Grundstück beruht, gegenüber einem Erwerber durch, ohne daß ein verpflichtender Rechtsgrund wie in schuldrechtlichen Verhältnissen zwischen Erwerber und dinglich Berechtigten vorhanden ist.

Bei der Prüfung der Frage, ob die Eigentumsanwartschaft derartige Zuständigkeitsänderungen auf der Passivseite zu überdauern vermag, ist zwischen der schuldrechtlichen und der dinglichen Beziehung zum Vorbehaltsverkäufer zu unterscheiden. Tritt der Verkäufer die Kaufpreisforderung an einen Dritten ab, berührt das die Anwartschaft des Käufers nicht. Veräußert der Vorbehaltsverkäufer die Sache oder belastet er sie zugunsten eines Dritten, so tut er dies zwar als Berechtigter, da das Eigentum noch bei ihm

88. Vgl. hierzu Schlosser, NJW 1970, 681 ff.

89. Eichler, Inst. I, S.7.

liegt. Der Vorbehaltskäufer, der die Sache regelmäßig in unmittelbarem Besitz hat - der Eigentümer wird sie deshalb nach §931 veräußern - kann aber gem. §986 II dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegenhalten die er dem Verkäufer gegenüber geltend zu machen berechtigt wäre, und sich jedenfalls auf sein obligatorisches Recht zum Besitz aus dem Kaufvertrag berufen⁹⁰⁾.

Wirksameren Schutz, insb. wenn der Käufer nicht unmittelbarer Besitzer der Sache ist - dann versagt §986 II - gewährt §161 I. Danach sind alle Verfügungen des Eigentümers während der Schwebezeit insoweit unwirksam, als sie den Eigentumserwerb des Vorbehaltskäufers vereiteln oder beeinträchtigen würden. Der Vorbehaltsverkäufer kann also einem Erwerber nicht freies, sondern nur auflösend bedingtes Eigentum verschaffen. Mit Eintritt der Bedingung erwirbt der Vorbehaltskäufer bzw. sein Rechtsnachfolger trotz der widersprechenden Verfügung des Vorbehaltskäufers Eigentum. Daß die Verfügung bis zum Bedingungeintritt wirksam und nicht schon von vornherein nichtig ist, berührt den Wert dieser Sicherung nicht⁹¹⁾.

§161 III erklärt zugunsten eines gutgläubigen Zwischenerwerbers die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten für anwendbar, so daß ein Rechtsnachfolger des Eigentümers unter den Voraussetzungen der §§932 ff endgültiges und nicht bloß auflösend bedingtes Eigentum erwerben kann. Da aber die h.L. für den Fall, daß

90. Raiser, S.33; Georgiades, S.49; Nach der h.L. ist der Vorbehaltskäufer nicht nur obligatorisch aus dem Kaufvertrag, sondern dinglich aus der Eigentumsanwartschaft besitzberechtigt, vgl. unten S.35 ff.

91. Raiser, S.34.

der Eigentümer die Sache nach §931 veräußert, §936 III entsprechend anwendet⁹²⁾, ist der Anwärter auch gegen einen solchen Verlust seiner Rechtsstellung geschützt. §161 III vermag also nur zu wirken, wenn der Vorbehaltskäufer bzw. der Anwärter nicht Besitzer der Vorbehaltssache ist, was praktisch kaum vorkommt. Die Anwartschaft genießt damit Sukzessionsschutz.

3. Der gutgläubige Erwerb

Hier ist der Ersterwerb der Anwartschaft vom Nichteigentümer der Sache, der Zweiterwerb einer bestehenden Anwartschaft vom Nicht- oder Nichtmehr-anwärter und der Ersterwerb einer nicht bestehenden Anwartschaft vom Scheinanwärter zu unterscheiden.

- a) Es ist wohl nahezu allgemeine Meinung⁹³⁾, daß der Vorbehaltskäufer, um Eigentum vom nichtberechtigten Verkäufer zu erwerben, zwar im Zeitpunkt der Einigung und Übergabe, aber nicht mehr im Zeitpunkt des Bedingungseintritts gutgläubig sein muß. Mit Eintritt der Bedingung geht das Eigentum auf den Erwerber über, auch wenn dieser inzwischen von dem fehlenden Eigentum des Veräußerers erfahren hat.

Der BGH⁹⁴⁾ stützt diese Auffassung durch eine Wortinterpretation des §932 I. Wenn §932 I von

92. Baur, SR, §59 V 5b bb; Palandt-Degenhart, BGB, §936 Anm. 1; Raiser, S.34; Staud.-Berg, BGB, §936 Anm. 16; Wolff-Raiser, §70 II Anm. 5.

93. Vgl. z.B. Baur, SR, §59 V 3; Flume, AT II, S.735; Diederichsen, S.124; Georgiades, S.129 ff; Henke, S.11 ff; Larenz, SchR II, §39 II c; Raiser, S.36; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Anh. §368 Anm.27; Serick I, S.267 ff; Sponer, S.90 ff; Westermann, SR, §44,2; §46,4; Wolff-Raiser, SR, §69 Anm. 2a; BGHZ 10,69 ff; 30,374 ff.

94. BGHZ 10,69 ff.

der Zeit spreche, zu der der Erwerber "nach diesen Vorschriften" das Eigentum erwerben würde, so sei damit auf §929 verwiesen, der beim Eigentumsübergang auf Einigung und Übergabe abstelle, ohne daß es irgendeiner weiteren Willensäußerung bedürfe; also sei in Wirklichkeit kein anderer als der Zeitpunkt gemeint, in dem Übergabe und Einigung erfolgt seien. Hilfsweise verweist der BGH noch auf §933 und §934: Auch hier komme es für den guten Glauben nicht auf den Zeitpunkt des Eigentumserwerbs, sondern auf den bei der Übergabe oder beim Besitzerwerb an; bei §932 könne es nicht anders sein. Zu überzeugen vermag diese Argumentation aber nicht. Es ist zwar richtig, daß gem. §929 Eigentum durch Einigung und Übergabe erworben wird und daß §932 auf §929 verweist; was sich aber daraus für die aufschiebend bedingte Übereignung ergeben soll, ist nicht zu sehen. Der BGH hätte aus seiner Sicht fragen müssen, ob bei dem nach §158 hinausgeschobenen Erwerb der gute Glaube vor diesem Erwerb, nämlich bei der Übergabe genügt. Ein Blick in die Materialien zeigt, daß bei Schaffung des §932 I nicht an die bedingte Übereignung gedacht worden war⁹⁵⁾. Auch aus dem Umkehrschluß der §§933, 934 läßt sich nichts herleiten; weil nach diesen Vorschriften Eigentum nicht vor der Übergabe erworben werden kann, soll der gute Glaube zur Zeit der Übergabe auch für die Übereignung unter Eigentumsvorbehalt genügen (?), und dann wird daraus rückblickend auf §932 geschlossen⁹⁶⁾.

In dem in §932 geregelten Interessenkonflikt be-

95. Mot. III, 346; "Zur Zeit der Erwerbung"; Prot. III, 210 ff.

96. Vgl. hierzu ausführlich A. Blomeyer, AcP 153, 239 ff.

vorzugt das Gesetz die Interessen des gutgläubigen Erwerbers, sofern nicht die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen ist (§935). So wie dort der Gutgläubige auf das Eigentum des Nichtberechtigten bzw. auf seinen Eigentumserwerb vertraut, vertraut der Vorbehaltskäufer darauf, eine unentziehbare Rechtsposition (§161) erworben zu haben, die bei Vollzahlung des Kaufpreises zum Vollrecht erstarkt. Gerechtfertigt und deshalb schutzwürdig ist dieses Vertrauen durch den Rechtschein, der vom Besitz des Nichtberechtigten ausgeht.

Betrachtet man die bedingte Verfügung des Vorbehaltsverkäufers zugunsten des Vorbehaltskäufers als Zuwendung einer gegenwärtigen Anwartschaft, so erscheint das vom BGH⁹⁷⁾ nur unbefriedigend begründete Ergebnis folgerichtig: Gutgläubig wird nicht erst mit Zahlung des Restkaufpreises das Eigentum an der Vorbehaltssache, sondern mit Abschluß der bedingten Übereignung und Übergabe sogleich die Eigentumsanwartschaft erworben⁹⁸⁾, die dann mit Bedingungseintritt automatisch zum Vollrecht erstarkt. Nach dem Sinn des §932 ist der Vorbehaltskäufer so zu stellen, wie wenn der Verkäufer Eigentümer gewesen wäre⁹⁹⁾. Er muß

97. BGH, aaO.

98. Achilles-Greifff-Leiss, BGB, §932 Anm. 7; Baur, SR, §59 V, 3a; A. Blomeyer, AcP 153, 240; Erman-Westermann, BGB, §929 Anm. 24 und §932 Anm. 13; Esser, SchR II, §65 I; Forkel, S. 132; Georgiades, S. 142 ff, 129 ff; Heck, SR, §58 III, 3; Larenz, SchR II, §39 II c; Lent, SR, §31 V, 2; Palandt-Degenhart, BGB, §929 Anm. 6 B bb und §932 Anm. 3; RGRK-Johannsen, BGB, §932 Anm. 7; Staud.-Berg, BGB, §932 Anm. 5, 32c; Westermann, SR, §44, 2; Wolff-Raiser, SR, §69 II, 2a; OLG Karlsruhe NJW 1966, 885, 886.

99. Stoll, JuS 67, 14.

deshalb die Anwartschaft selbst dann dulden, wenn nicht ihn, sondern nur den unberechtigt verfügenden Verkäufer eine vertragliche Beziehung zum Anwärter verbindet, kann die Anwartschaft weder einseitig widerrufen, durch kollidierende Verfügungen zerstören, noch sonst in die Abwicklung des Kaufvertrags eingreifen, solange die Anwartschaft besteht.

Die Auffassung des BGH¹⁰⁰⁾ führt dagegen zu dem unpraktikablen Ergebnis, daß der gutgläubige Vorbehaltskäufer gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers kein Recht zum Besitz (§986) hätte und diesem die Vorbehaltssache herausgeben müßte. Zahlt er nun aber die letzte Rate, so tritt die Bedingung ein, er erwirbt das Eigentum und kann nun vom früheren Eigentümer über §985 Herausgabe verlangen. Der BGH ist diesem seltsam anmutenden Weg ebenfalls nicht gegangen. Er hat angenommen, der Käufer werde unverzüglich nach Entscheidung des Rechtsstreits den Restkaufpreis zahlen, und hat ihm deshalb die exceptio doli gegen den Herausgabeanspruch gegeben. Dieser Ausweg versagt jedoch in all den Fällen, in denen Verkäufer noch über lange Zeit hinweg Raten zu zahlen hat - dann wird er i.d.R. auch nicht in der Lage sein, den gesamten Restkaufpreis auf einmal zu begleichen.

- b) Nicht mehr so unbestritten ist in der Rechtswissenschaft der gutgläubige Zweiterwerb einer bestehenden Eigentumsanwartschaft vom noch - (oder wieder) besitzenden Nicht-(mehr-)anwärter. Man wird aber auch diese Form des gutgläubigen Anwartschaftserwerbs entsprechend den §§932 ff für zulässig halten müssen, da der Rechtsschein vom Sachbesitz des Nichtberechtigten ausgeht und die anwartschaftlichen

100. BGHZ 10,69 ff.

Interessen, sind sie einmal rechtlich anerkannt, den gleichen Schutz wie die entsprechenden vollrechtlichen Interessen verdienen¹⁰¹⁾.

- c) Dagegen wird fast einmütig der gutgläubige Erwerb einer nicht bestehenden Anwartschaft jedenfalls dann abgelehnt, wenn mit dem Scheinanwärter kein Vorbehaltskauf abgeschlossen wurde¹⁰²⁾: N hat eine Sache vom Eigentümer E geliehen, gibt sich aber als Vorbehaltskäufer aus und überträgt seine "Anwartschaft" auf den gutgläubigen G.

Ein Vorbehaltskaufvertrag existiert nicht, er kann auch nicht über §§932 ff fingiert werden. Damit besteht aber auch keine Kaufpreisforderung, von deren vollständiger Bezahlung der Eigentumsübergang abhängen soll; die "Anwartschaft" kann also nie zum Vollrecht erstarken. Zum anderen erscheint der Erwerb einer Rechtsstellung, deren Entstehung und Entwicklung von einer unmöglichen Bedingung - vollständige Bezahlung des Kaufpreises - abhängt, nicht denkbar¹⁰³⁾. Zu Recht wird daher diese Form des gutgläubigen Anwartschaftserwerbs für unzulässig erachtet.

101. So die h.M., vgl. Baur, SR, §59 V, 3b; Forkel, S.193; Georgiades, S.43; Palandt-Degenhart, BGB, §929 Anm. 6 B bb; Serick I, S.270; Westermann, SR, §45 III, 1c; aA. Flume, AcP 161, 397; Medicus, §20 III, 1.

102. Baur, SR, §59 V, 3c; Georgiades, S.44,123; Palandt-Degenhart, BGB, §929 Anm. 6B bb; Schnorr v. Carolsfeld, Kr.VJSchr. 66,184; Serick I, S.271; Raiser, S.38.

103. Georgiades, S.44.

4. Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers

Die Frage nach der Natur des dem Vorbehaltskäufer zukommenden Besitzrechts gehört zu den umstritten - sten Themen der Eigentumsanwartschaftslehre: Ist es rein obligatorisch¹⁰⁴⁾ und beruht auf dem Kaufvertrag bzw. auf dem zwischen Vorbehaltskäufer und - verkäufer bestehenden Treuverhältnis, oder hat der Vorbehaltskäufer ein selbständiges, gegen jedermann wirkendes Besitzrecht aufgrund der Eigentumsanwartschaft?

- a) In der Praxis Bedeutung erlangt hat die Frage insb. bei der Übertragung der Anwartschaft durch den Vorbehaltskäufer auf dem Wege des §929 I durch Einigung und körperliche Übergabe der Vorbehalts- sache.

Einige halten die Übertragung in dieser Form ohne Zustimmung des Verkäufers für unmöglich¹⁰⁵⁾. Der Käufer sei gemäß dem Vorbehaltskauf verpflichtet, den Besitz nicht aus der Hand zu geben, übertuuge er trotzdem in vertragswidriger Weise den unmittel- baren Besitz, so könne der Verkäufer analog §986 I 2 die Rückgabe der Sache an den Käufer oder an

104. Insb. BGHZ 10,69 ff; Ascher, Anm. zu BGH LM §932 Nr. 4; Brandis, JW 1931,505; Crisolli- Ostler, AbzG, §5 Anm. 62; Crome, BGB II, §212; Duden, JZ 1954, S.42; Eichler, Inst. II 1, S. 224 ff; Flume, ACP 161,390; Georgiades, S.113ff; Kress, SchR II, §26 S. 40, Anm. 195; Laranz, SchR. II, §39 II c; Meister, NJW 1959,620; Oertmann, BGB, §161 Anm. 3c; Planck, BGB, §455 Anm. 2a; RGRK-Kuhn, BGB, §455 Anm. 20; Rühl, S.104-107; Serick I, S.272; Staud.-Ostler, BGB, §455 Anm. 45; Staud.-Seufert, BGB, §854 Anm. 3c; Staud.-Berg, BGB, §986 Anm.14; v.Tuhr, AT II 2, S.291;

105. AschZP 58,244; A. Blomeyer, Studien, S.250; Brecht, JHb. 61,290; Letzgus, S.32.

sich selbst verlangen¹⁰⁶⁾.

Nach aA darf der Vorbehaltskäufer zwar nicht, kann aber die Übergabe der Sache vornehmen und so die Anwartschaft übertragen¹⁰⁷⁾. Die Tatsache des Besitzerwerbs könne nicht durch die Befugnis des Eigentümers, Herausgabe an sich zu verlangen, beseitigt werden. Für den Weiterbestand der einmal erworbenen Anwartschaft sei die Aufrechterhaltung des Besitzstandes ebensowenig erforderlich wie beim Eigentum selbst.

Georgiades¹⁰⁸⁾ gesteht zwar dem Vorbehaltskäufer nur ein obligatorisches Besitzrecht zu, betrachtet diesen aber zur Übertragung des unmittelbaren Besitzes befugt und gibt dem Anwartschaftserwerber gegen das Herausgabeverlangen des Eigentümers entsprechend §986 I 1 2. Alt. eine Einwendung aus dem Besitzrecht des Käufers, solange dieser aus dem Vorbehaltskauf Besitzberechtigt ist. Wie jedoch soll diese "Befugnis" zur Überlassung des Besitzes rechtlich aussehen - wird sie durch Auslegung des Vorbehaltskaufs gewonnen, bzw. was geschieht, wenn dem Vorbehaltskäufer die Weitergabe der Sache ausdrücklich verboten ist? Wie oben gezeigt¹⁰⁹⁾, hat ein solches Verbot nach der h.M., die wohl auch Georgiades billigt¹¹⁰⁾, nur die relative Wirkung des §137. Die "Gestattung" der Weiterübertragung müßte jedoch bei ausdrücklichem Verbot wohl mit absoluter Wirkung entfallen, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge hätte.

Dagegen bereitet die Übertragung der Anwartschaft analog §929 I für diejenigen keine Schwierigkeiten,

106. So v.Tuhr, AT II 2, S.307 gegen die h.M.107.

107. Hopp, S.160; Kühne, S.119; Reinicke, S.25; Rühl, S.97.

108. Georgiades, S.126; Diedrichsen, S.157; Lorenz, SchR. II, §39 II c.

109. Vgl. oben S.27.

110. Georgiades, S.24.

die dem Vorbehaltskäufer ein selbständiges, auf der Eigentumsanwartschaft beruhendes Besitzrecht zusprechen¹¹¹⁾. Der Vorbehaltskäufer verfügt als Berechtigter über seine Anwartschaft, der Erwerber tritt in seine Rechtsstellung ein, kann also dem Verkäufer ein eigenes Recht zum Besitz, § 986 I 1, aufgrund der Anwartschaft entgegensetzen, solange diese besteht.

- b) Gegen ein dingliches Besitzrecht wird man nicht, wie der BGH es tut, anführen können, es fehle an der gesetzlichen Grundlage¹¹²⁾. Die Eigentumsanwartschaft hat ihre Ausprägung nicht durch das Gesetz - dieses hat die gesamte sachenrechtliche Problematik nicht erkannt - sondern durch Rspr. und Lehre erfahren und sich ohne eine spezielle Regelung entwickelt. Aus diesem Grund wird man aber auch vorsichtig sein müssen, ein dingliches Besitzrecht, wie dies zuweilen geschieht¹¹³⁾, auf

111. Ahlers, Diss., S. 17 ff; Arnold, S. 18; Bauknecht, NJW 1955,1251; MDR 1956,722; Baur, SR, § 59 V, 5b cc, Behrends, S.39; A. Blomeyer, NJW 1951,548; Boehmer, Einf., S.174; 220,221; Bötticher, BB 1961,415; Braun, NJW 1962,783; Diederichsen, S. 164 ff; Esser, SchR II, § 65 I 2; Fachinger, DJZ 1933,490,492; Forkel, S.162, Fußn. 154; Gierke, SR, S.84; Haas, S.25,26; Hartmann, S.8; Heck, SR, § 21; Heitmann, S.20 ff; Herboth, S.95 ff; Holtz, Diss., S. 26,54; DJZ 1934,460 ff; Hopp, S. 55 ff; Imlau, MDR 1961,793; Janberg, DB 1950,521; Lent, SR, § 31 V, 5; Klauss, AbzG, Erl. 371; Knöchlein, DNotZ 1959,3; Palandt-Degenhart, BGB, § 929 Anm. 6 B, b ee; Raiser, S.37 ff, 62; Schnorr v. Carolsfeld, KrVJSchr 66,179,181; Soergel-Oechßler, BGB, § 929 Anm. 38; Stoeber, S.23; Westermann, SR, §44,2; NJW 1956, 1297; Wiethölter, JZ 1961,693; Wolff-Raiser, SR, §66 I 3; Zunft, NJW 1956,420; OLG Karlsruhe NJW 1966,885,886.

112. BGHZ 10,69 ff; 34,191 ff.

113. Raiser, S.62.

eine gesetzliche Vorschrift (§§160,161) zu stützen; §161 spricht zwar eine dingliche Gebundenheit des Eigentümers im Falle des Bedingungseintritts aus, sagt aber unmittelbar nichts über das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers vor Bedingungseintritt. Allenfalls kann man daraus die grundsätzliche Anerkennung der Interessen des Vorbehaltskäufers nach ausreichendem Schutz folgern. Nicht zu überzeugen vermag auch der Hinweis auf die (erst noch festzustellende) dingliche Rechtsnatur der Eigentumsanwartschaft¹¹⁴⁾ sowie der damit verbundene Gedanke, immer wenn die Übergabe der Sache zum Entstehungstatbestand eines dinglichen Rechts gehöre, gewähre das Recht selbst, wie die gesetzlichen Beispiele von Eigentum, Nießbrauch und Pfandrecht zeigten, auch ein Recht zum Besitz¹¹⁵⁾.

Für ein dingliches Besitzrecht spricht, daß der Besitz ein wesentliches Element der Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers ist; zur Übertragung der Eigentumsanwartschaft wird die Besitzübertragung gerade deshalb gefordert, um die Identität von Eigentum und Besitz bei Erstarkung der Anwartschaft zum Eigentum sicher zu stellen; dann muß der Erwerber aber auch imstande sein, diese Rechtsstellung bis zum Eintritt der Bedingung zu behaupten.

- c) Befriedigend aber läßt sich die Frage nach der Rechtsnatur des dem Vorbehaltskäufer zukommenden Besitzrechts nur durch eine sachgerechte Abwägung der widerstreitenden Interessen von Vorbehaltsverkäufer und -käufer unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des Wirtschaftslebens und der bereits

114. Georgiades, S.109.

115. Bauknecht, NJW 1955,1252.

von Rspr. und Lehre vorgenommenen Ausgestaltung der Anwartschaft lösen.

Man anerkennt die Übertragbarkeit der Eigentumsanwartschaft wegen des überwiegenden Interesses des Vorbehaltskäufers, sich den hinter der Anwartschaft steckenden Wert für seine Zwecke nutzbar zu machen, und läßt demgegenüber das Interesse des Verkäufers, daß die Anwartschaft in der Hand des Käufers bleibt, zurücktreten - der Käufer hat oft schon hohe Anzahlungen geleistet, dem Verkäufer kommt es hauptsächlich darauf an, den vereinbarten Kaufpreis zu erhalten, wer nach Bedingungseintritt Eigentümer wird, ist ihm in der Regel gleichgültig; macht man sich weiter bewußt, daß das Wesen der Übertragung einer Rechtsstellung darin besteht, den Erwerber in die Rechtsposition seines Vorgängers eintreten zu lassen, ihm also die gleichen Rechte und Befugnisse zu geben, so muß der Anwartschaftserwerber gegenüber dem Verkäufer den unmittelbaren Besitz der Sache behaupten können. Der Verkäufer kann also die Vorbehaltsache nur herausverlangen, wenn er auch seinem Abkäufer gegenüber hierzu berechtigt wäre. Andernfalls ist, von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise her gesehen, der Sinn der Übertragung in Frage gestellt: Für den Erwerber begehrenswert ist die Anwartschaft meist wegen des Sachbesitzes und der damit verbundenen Nutzungsmöglichkeit. Was aber hilft ihm der Anwartschaftserwerb, wenn er die Sache auf Verlangen des Eigentümers herausgeben mußte, um sie dann später, wenn der Restkaufpreis bezahlt ist, veraltet und deshalb in ihrem Wert erheblich gemindert als Eigentümer zurückzuerhalten? Er wird sich auf diese Form der Übertragung kaum einlassen, jedenfalls dem Käufer nicht den realen Wert, der in der Anwartschaft steckt, voll ablösen. Gerade aber das anzuerkennende Bedürfnis des Vorbehaltskäufers, diesen Wert für sich zu realisieren,

führte zur Anerkennung der freien Verfügungsmöglichkeit für den Vorbehaltskäufer.

Ohne ein der Anwartschaft entspringendes Besitzrecht läßt sich auch kaum das Besitzrecht des gutgläubigen Anwartschaftserwerbers erklären. Daß sich dieser gegenüber dem Herausgabeverlangen des Eigentümers behaupten können muß, räumen selbst die ein, die nur ein obligatorisches Besitzrecht annehmen. Stoll¹¹⁶⁾ versucht das mit dem Sinn des Gutglaubensschutzes zu begründen: Der gutgläubige Vorbehaltskäufer müsse bei Verfolgung seiner Rechte so gestellt werden, wie wenn der Verkäufer Eigentümer gewesen wäre, müsse demnach auch die vom nichtberechtigten Veräußerer zugesagten Befugnisse des Käufers in Ansehung der Sache gegen sich gelten lassen. Da aber auch nach dieser Meinung der gutgläubige Anwartschaftserwerb nicht dazu führt, daß ein Schuldverhältnis zwischen Erwerber und Eigentümer entsprechend den Vereinbarungen zwischen Nichtberechtigtem und Vorbehaltskäufer finanziert wird, kann das Besitzrecht doch wohl nur auf der Anwartschaft beruhen.

Georgiades¹¹⁷⁾ läßt für diesen Fall "den gutgläubigen Erwerb des ursprünglich obligatorischen Rechts zum Besitz" zu, nimmt also - anders läßt sich der Ausdruck "ursprünglich" wohl nicht erklären - an, das obligatorische Besitzrecht verwandle sich infolge des gutgläubigen Anwartschaftserwerbs in ein solches dinglicher Natur. Eine Erklärung für diese geheimnisvolle Verwandlung gibt Georgiades freilich nicht.

116. Stoll, JuS 1967, 17.

117. Georgiades, S. 130.

- d) Ein gewichtiges Argument gegen ein selbständiges, der Eigentumsanwartschaft entstammendes Besitzrecht des Vorbehaltskäufers lieferte die einem solchen Recht widersprechende enge Abhängigkeit vom obligatorischen Vorbehaltskauf. Nach der früher weitaus h.M.¹¹⁸⁾ konnte der Vorbehaltsverkäufer die Sache schon bei bloßem Verzug oder unsachgemäßer Behandlung vom Käufer herausverlangen, ohne das Vertragsverhältnis auflösen zu müssen¹¹⁹⁾. Die gesetzliche Regelung vom Nießbrauch und Pfandrecht dagegen zeige die enge Verbundenheit von dinglichem Besitzrecht und Sachenrecht (§§1036, 1251 I, 1253), hier sei ausdrücklich bestimmt, daß mit Erlöschen des Sachenrechts auch der betreffende Besitz ende; umgekehrt stehe es dem Eigentümer nicht zu, vor Untergang des beschränkt dinglichen Rechts den unmittelbaren Besitz vom dinglich Berechtigten zurückzufordern, und zwar auch dann nicht, wenn dieser in unsachgemäßer Weise auf den Gegenstand einwirke¹²⁰⁾. Demgegenüber nimmt eine vordringende Meinung in der Literatur an¹²¹⁾, nicht schon der Zahlungs-
-

118. Crisolli-Ostler, AbzG, Anm. 63 zu §5; Erman-Weitnauer, BGB, §455 Anm. IV 1; Erman-Hefermehl, BGB, §986 Anm. 3,7; Esser, SchR, §108 B c; Lange, JuS 1963,59; Larenz, SchR II, §39 II b; §36 I a; Oertmann, BGB, §455 Anm. 1; Planck, BGB II 2, Anm. 2a zu §455; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, §368-Anhang, Anm. 38; RGRK-Kuhn, BGB, §455 Anm. 6; Rühl, S.92 ff; Serick I, S.131 ff; BGHZ 34,191; RGZ 67,383; 119,64,68.

119. Anders beim Abzahlungskauf: Hier stellt §5 AbzG zwingend fest, daß die Wiederansichnahme der verkauften Sache durch den Verkäufer aufgrund seines Eigentumsvorbehalts als Ausübung des Rücktrittsrechts gilt. Sind jedoch beide Parteien Vollkaufleute, ist das AbzG insgesamt nicht anwendbar, §8 AbzG.

120. Georgiades, S.115; vgl. hierzu unten S.132 ff.

121. Bauknecht, NJW 55,1251 ff; Baur, SR, §59 III 1c; J.Blomeyer, JZ 68,691 ff; Betrieb 69,2117 ff; Ennecc.-Lehmann, SchR, §118 III 2c Fußn.11; Erman-Weitnauer, Nachtr. §455 Anm. 10; Esser, SchR.II, §65 I 1c; Raiser, S.73; Soergel-Ballerstedt, BGB, §455 Anm. 3.

verzug, sondern erst der Rücktritt bzw. der Ablauf der Frist des §326 lasse das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers entfallen. Der BGH¹²²⁾ hat sich kürzlich unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung¹²³⁾ dieser Ansicht angeschlossen. Das zu Recht, denn die gegenteilige Meinung wird weder durch das Gesetz, das Wesen des Eigentumsvorbehalts, den Parteiwillen oder wirtschaftliche Gesichtspunkte gestützt¹²⁴⁾.

Kommt der Vorbehaltskäufer mit der Zahlung in Verzug, so kann der Vorbehaltsverkäufer wie jeder andere Verkäufer auch, seinem Schuldner eine Zahlungsfrist mit der Erklärung setzen, er lehne die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ab, §326. Mit Fristablauf erlischt dann der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises und die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung. Damit entfällt auch das Besitzrecht des Käufers, gleichgültig, ob man dieses auf den Vorbehaltskauf stützt oder dem Käufer ein selbständiges Besitzrecht aufgrund der Anwartschaft zuspricht; denn letzteres endet mit der Anwartschaft, diese erlischt, wenn die Bedingung, von der die Parteien den Erwerb des Vollrechts abhängig gemacht haben, ausfällt. Durch den bloßen Verzug fällt die Bedingung nicht aus - er kann durch Zahlung behoben und damit der Eigentumsübergang noch bewirkt werden. §455 enthält gegenüber §326 eine Sonderregelung nur insofern, als der Verkäufer auch ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten kann. Ein vorläufiges Rückforderungsrecht jedoch gibt §455 nicht. Aber auch aus dem

122. BGH NJW 1970,1733 ff.

123. BGHZ 34,191.

124. Vgl. hierzu BGH NJW 1970,1733 ff; J.Blomeyer, JZ 1968,691 ff; Betrieb 1969,2117 ff; Lange, JuS 1971,511 ff.

Gedanken des synallagmatischen Vertragsverhältnisses - die Übergabe erfolge unter der Voraussetzung, daß der Käufer fristgerecht seine Zahlungen erbringe - läßt sich ein solches Rückforderungsrecht nicht herleiten: §320 gibt jedem Vertragspartner, sofern er nicht vorleistungspflichtig ist, das Recht, seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Die Übergabe der Vorbehaltssache an den Käufer ist aber eine Vorleistung des Verkäufers, und diese Vorleistung kann er nicht schon bei Verzug des anderen Teils, sondern nur unter den Voraussetzungen der §§326 bzw. 455 herausverlangen; ein Rückforderungsrecht wegen bloßen Verzugs hinsichtlich einer bereits erbrachten Vorleistung gibt weder §320 noch eine andere gesetzliche Vorschrift¹²⁵⁾.

Auch aus dem Willen der Vertragsparteien oder aus dem Wesen des Eigentumsvorbehalts läßt sich keine Auslegungsregel herleiten, der zufolge der Verkäufer berechtigt ist, schon bei bloßem Verzug die Vorbehaltssache herauszuverlangen. Das Gesetz gibt in §455 eine solche Auslegungsregel gerade nicht, geht viel mehr davon aus, daß den Interessen des Verkäufers genüge getan ist, wenn dieser bei Zahlungsverzug sofort zurücktreten bzw. nach allgemeinem Verzugsrecht vorgehen kann. Zum anderen besteht das Wesen des Eigentumsvorbehalts nicht in der Sicherung der Kaufpreisforderung, sondern in der Sicherung der Rechte des Verkäufers nach Vertragsauflösung¹²⁶⁾.

Ein vorläufiges Rücknahmerecht könnte nur dann als stillschweigend vereinbart gelten, wenn die gesetzliche Regelung den Verkäuferinteressen in keiner Weise gerecht würde und der Vorbehalts-

125. J.Blomeyer, JZ 1968,691 ff; BGH NJW 1970,1733 ff.

126. BGH NJW 1970,1733 ff; a.A. insb. Müller, Betrieb 1969,1495 m.w.N.

käufer sich daher billigerweise auf eine solche Bestimmung einlassen müßte. Tritt der Verkäufer vom Kaufvertrag zurück, erhält er nicht nur die Kaufsache, sondern gemäß §§346 2,347 2 bzw. §2 AbzG eine Nutzungsentschädigung, steht also wirtschaftlich in etwa wie bei Durchführung des Vertrags. Zum anderen garantiert ein vorläufiges Rücknahmerecht nicht die erfolgreiche Durchführung des Vertrags. Der Käufer muß auch hier versuchen, seine Kaufpreisforderung durchzusetzen; das kann aber in gleicher Weise geschehen, wenn man ihn auf ein rücktrittsgebundenes Rücknahmerecht im Verzugsfall beschränkt.

Die Entwertung, die bei vielen Gütern allein durch die Ingebrauchnahme eintritt, vermag auch ein vorläufiges Rücknahmerecht nicht zu beseitigen. Es erweist sich für den Verkäufer nur insofern als nützlich, als es eine weitere Abnutzung der Sache nach Verzugseintritt bis zur Liquidation des Vertrags verhindert, und der Verkäufer so nicht auf einen Nutzungsentschädigungsanspruch verwiesen ist (§§346,347), der sich bei einem Vermögensverfall des Käufers eventuell nicht realisieren läßt. Andererseits hätte die Annahme eines solchen Rücknahmerechts zur Folge, daß der Verkäufer die Vorbehaltsgegenstände nun für den Käufer aufbewahren müßte, wozu er oft gar nicht in der Lage ist. Da er aber auch die Gegenstände nicht für sich in Gebrauch nehmen darf, solange die Anwartschaft besteht, blieben erhebliche wirtschaftliche Werte ungenutzt. Beim Handeln mit Verbrauchsgütern liefe ein solches Recht dem Bestreben der Wirtschaft, diese möglichst rasch umzusetzen, entgegen; bei Investitionsgütern schließlich widerspräche es dem wirtschaftlichen Sinn des Kaufvertrags, da diese Güter, in der Produktion des Käufers eingesetzt, Erträgnisse abwerfen sollen, mit

denen der Restkaufpreis bezahlt werden soll. Ein vorläufiges Rücknahmerecht kann daher nicht als stillschweigend zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs vereinbart gelten.

Das Besitzrecht des Anwartschaftsinhabers endet also nicht entgegen der gesetzlichen Regelung bei bloßem Zahlungsverzug, sondern erst, wenn der Vorbehaltsverkäufer wirksam vom Vertrag zurückgetreten bzw. die Frist des §326 abgelaufen ist. Entsprechendes muß für den Fall gelten, daß der Käufer die Vorbehaltssache unsachgemäß behandelt oder sich auf die Verjährung der Kaufpreistraten beruft¹²⁷⁾.

Damit entfällt das gegen ein selbständiges, der Anwartschaft entstammendes Besitzrecht vorgebrachte Argument der einem solchen Recht widersprechenden zu engen Abhängigkeit der Anwartschaft vom Vorbehaltskauf.

- e) Vergewenwärtigt man sich abschließend noch einmal die Teilergebnisse, die für Umfang und Stärke des Besitzrechts des Anwärters erheblich sind, nämlich:

derjenige, der die Anwartschaft analog §929 I durch Übergabe der Vorbehaltssache erworben hat, ist dem Verkäufer gegenüber - auch wenn dieser dem Käufer die Weitergabe des unmittelbaren Besitzes verboten hatte - zum Besitzberechtigt; ebenso derjenige, der die Anwartschaft gutgläubig erworben hat, obgleich ihn kein vertragliches Schuldverhältnis mit dem Eigentümer verbindet.

Weder Verzug noch unsachgemäße Behandlung¹²⁸⁾

127. Vgl. J. Blomeyer, JZ 1968, 691 ff.

128. Vgl. hierzu auch unten S. 132 ff.

der Kaufsache beseitigen das Besitzrecht des Anwartschaftsinhabers. Das Besitzrecht des Anwärters endet erst, wenn der Verkäufer wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten oder die Nachfrist des §326 abgelaufen, also die Anwartschaft erloschen ist;

so wird ein bloßes obligatorisches, dem Vorbehaltskauf entspringendes Besitzrecht den in Übereinstimmung mit der h.M. erzielten Teilergebnissen nicht mehr gerecht. Die Annahme eines selbständigen, der Anwartschaft entstammenden Besitzrechts ist nur noch logische Folge einer Betrachtungsweise, die die gewonnenen Teilergebnisse aus der Gesamtschau sieht.

5. Der Drittschutz

Während der "Sukzessionsschutz" der Durchsetzbarkeit eines Rechts gegenüber dem Besteller und dessen Rechtsnachfolger dient, gewährleistet der "Drittschutz" die Verteidigung des Rechts schlechthin und gibt dem Rechtsinhaber Ansprüche gegen beeinträchtigende Dritte.

Als unmittelbarer Besitzer der Vorbehaltssache genießt der Anwärter den Schutz der §§ 858 ff, 1007¹²⁹⁾. Ob ihm daneben auch die Eigentumsschutzansprüche analog §§985,1004 zur Seite stehen, ist äußerst bestritten. Die wohl noch h. M. versagt sie dem Anwärter wegen der Abhängigkeit der sachenrechtlichen Position vom Bestand des Vorbehalts-

129. Vgl. für alle: Baur, SK, §59 V 5b aa; Der Vorbehaltsverkäufer hat sie dagegen nur, wenn man mit der g.h.M. ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen ihm und dem Vorbehaltskäufer annimmt, vgl. hierzu unten S. 58 ff; analog §869 kann er die Wiederherstellung der bisherigen Besitzverhältnisse verlangen.

kaufs und des darum fehlenden dinglichen Besitzrechts¹³⁰⁾. Demgegenüber befindet sich die Ansicht im Vordringen, die dem Anwärter die gleichen Befugnisse geben will wie das Gesetz sie dem Nießbraucher (§1065), dem Pfandgläubiger (§1227) und dem Erbbauberechtigten (§11 ErbbVO) zuerkennt¹³¹⁾.

Wie oben aufgezeigt, stellt die Abhängigkeit der Anwartschaft von ihrem schuldrechtlichen Teil keinen unbehebbarer Widerspruch zur Annahme eines absoluten Besitzrechts dar. Nimmt man aber ein solches an, so läßt sich daraus auch ein Recht auf den Besitz ableiten: Die untrennbare Verbundenheit von dinglichem Recht zum Besitz und Recht auf den Besitz zeigt die gesetzliche Regelung von Nießbrauch und Pfandrecht¹³²⁾. Daß die dinglichen Schutzrechte dann sowohl dem Eigentümer als auch dem Anwartschaftsinhaber zustehen, bereitet keine Schwierigkeit; hier drängt sich eine analoge Anwendung des §986 I 2 geradezu auf¹³³⁾.

Die ältere Rspr. des RG¹³⁴⁾ sah den rechtmäßigen Besitz des Vorbehaltskäufers als geschütztes Rechtsgut i.S. des §823 I an und gab, dem Vorbehaltskäufer bei Beeinträchtigungen einen Schadensersatzanspruch, der auf Ausgleich des Besitzverlustes

130. Georgiades, S.133 ff m.w.N.; Serick I, S.275 m.w.N.

131. Bauknecht, NJW1955,1251; Baur,SR, §59 V 5 b cc; Blomeyer, S.150 ff; Lange, §16 II 3; Palandt-Degenhart, BGB, §929 Anm. 6 Bb; Raiser, S.42,76; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, §368-Anhang, Anm. 56; Schnorr v. Carolsfeld, KrVJSchr. 66,174,179; Staud.-Berg, BGB, §929 Anm. 28 c.

132. Die rei vindicatio ist immer dann gegeben, wenn zum Inhalt des dinglichen Rechts der Besitz an der Sache gehört, vgl. Baur, SR, §11 A I; Westermann, SR, §30 I 2.

133. Sponer, S. 89.

134. RGZ 59,326 ff; 105,213 ff.

gerichtet war. Ein darüber hinausgehender Schaden wurde nicht ersetzt. In RGZ 170,81 ff stellte dann das RG die Eigentumsanwartschaft als solche unter den Schutz des §823 I, seitdem hat sich diese Auffassung immer mehr durchgesetzt¹³⁵⁾. Der Anwartschaftsinhaber erhält also, wird der Kaufgegenstand zerstört oder beschädigt, einen gegenwärtigen Ersatzanspruch, der über den Ausgleich des Besitzverlustes hinausgehen kann¹³⁶⁾.

Schützt man die Eigentumsanwartschaft, wie die h. M. es tut, vor tatsächlichen Eingriffen durch §823 I, so versteht sich ein Schutz des Anwärters vor rechtlichen Eingriffen, insb. durch Verfügungen eines Nichtberechtigten, die die Anwartschaft zum Erlöschen bringen, durch §816 fast von selbst¹³⁷⁾.

135. Achilles-Greiff-Brüggemann, BGB, §823 Anm. 1c; §292 II; Baur, SR, §59 V 5a; Ennecc.-Nipp., AT 2. Hbd., §197 II, III; Erman-Hefermehl, BGB, §160 Anm. 3; Erman-Weitnauer, Anm. 36, BGB, §455 Anm. 4c; Erman-Drees, BGB, §823 Anm. 29, Esser, SchR. II, §108, 5; Flatau, S. 36; Forkel, S. 203; Georgiades, S. 49 ff m.w.N.; Henke, S. 26 m.w.N.; Larenz, SchR. II §66 Ia; Lehmann, AT, §35 A VI 1a; Lent, SR, §31 V 5; Liermann, JZ 1962, 58 ff; Michael sen, S. 34; Palandt-Thomas, BGB, §823 Anm. 6a; Palandt-Degenhart, §929 Anm. 6 B b ee; Raiser, S. 42; Röwer, NJW 1961, 539; Serick I, S. 277; Sittel, S. 52; Wolff-Raiser, SR, §2 II 3b; BGH, JR 1957, 419; BGHZ 55, 20.

136. Da die schädigende Handlung sowohl das Eigentum als auch die Anwartschaft verletzt, der Schädiger aber nur einmal Ersatz zu leisten braucht, ist ein erheblicher Meinungsstreit über das Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander entstanden, vgl. hierzu Georgiades, S. 55 ff.

137. Raiser, S. 42; Georgiades, S. 52, 53.

6. Beständigkeit der Eigentumsanwartschaft im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers

Eine Probe für die Beständigkeit und Stärke der Eigentumsanwartschaft ist die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Vorbehaltsverkäufers.

- a) Der Streit um die Konkursfestigkeit der Eigentumsanwartschaft hat sich hauptsächlich um die Anwendbarkeit des §17 KO auf den obligatorischen Vorbehaltskaufvertrag entzündet. Nach dieser Vorschrift kann der Konkursverwalter bei einem gegenseitigen Vertrag, der zur Zeit der Konkursöffnung von beiden Vertragsparteien noch nicht vollständig erfüllt ist, nach seiner Wahl Erfüllung verlangen oder diese ablehnen.

Eine alte, bis heute feststehende Rspr., der die in der Literatur h.M. folgt, spricht sich für die Anwendung des §17 KO aus.¹³⁸⁾ Der Vorbehaltskaufvertrag sei vom Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt, da der nach §433 I geschuldete Leistungserfolg, nämlich der Eigentumsübergang, noch nicht eingetreten sei; zwar sei die Erfüllungshandlung mit Übertragung des bedingten Eigentums abgeschlossen, der Erfüllungserfolg, auf den §17 KO abstelle, stehe jedoch noch aus.

Diese Ansicht hätte konsequenterweise zur Folge, daß der Konkursverwalter stets die Erfüllung des

138. RGZ 64,204; 66,334; 133,40; Boehle-Stamm-schräder, KO, §17 Anm. 3a m.w.N.; Jaeger-Lent, KO I, §17 Anm. 11 m.w.N.; Larenz, Schr II, §39 II c; Serick I, S.335 m.w.N.; Staud.-Berg, BGB, §929 Anm. 28 c; Staud.-Ostler, BGB, §55 Anm. 40; RGRK-Kuhn, BGB, §455 Anm. 21; BGHZ 50, 242,243 beil.

Kaufvertrags ablehnen und die Kaufpreisforderung des Verkäufers zum Erlöschen bringen könnte. Damit wäre auch die Eigentumsanwartschaft des Käufers vernichtet, und dieser müßte, auch wenn er den größten Teil des Kaufpreises bereits bezahlt hätte, die Vorbehaltssache zur Masse zurückgeben, würde selbst aber nur eine Schadensersatzforderung als gewöhnlicher Konkursgläubiger erhalten (§26 KO). Dieses Ergebnis wird aber weithin als unbillig empfunden. Aus diesem Grunde versucht die Rspr. die Anwendung von §17 KO dadurch einzuschränken, daß sie das Wahlrecht des Konkursverwalters unter den Vorbehalt von Treu und Glauben stellt; Die Erfüllung des Vertrags dürfe vom Konkursverwalter dann nicht abgelehnt werden, wenn dies zu grob unbilligen Folgen für den Verkäufer führe¹³⁹⁾.

Ein Teil der Literatur versucht §17 KO durch den Nachweis zu umgehen, daß diese Vorschrift auf den Abschluß der Erfüllungshandlung, nicht aber auf den Eintritt des Erfüllungserfolges abstelle¹⁴⁰⁾. Andere meinen, der Vorbehaltsverkäufer schulde nicht die Verschaffung des Eigentums, sondern nur die Verschaffung der Anwartschaft auf das Eigentum; diesen Erfolg habe er vollständig bewirkt¹⁴¹⁾. Begründet wird diese Meinung insb. damit, es werde

139. Vgl. RGZ 140,156 ff; BGH NJW 1962,2296 ff.

140. Lehmann, Festschrift, S.346 ff; Letzgus, S.18; Oertmann, LZ 1927, Sp.9 ff; ZHR 93,356 ff; Rühl, S.193 ff,204; ZZP 56,154 ff; LZ 31,159; Siebert, JW 1933,2440 ff.

141. A. Blomeyer, Studien, S.229; Letzgus, S.66 ff; Erman-Weitnauer, BGB, §455 Anm. 6, Esser, SchR II, §65 Ia; Georgiades, S.144 m.w.N.; v. Caemmerer, S.827; RGRK-Johannsen, BGB, §929 Anm. 2; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Anhang zu §368 Anm. 111.

kein Leistungsverhalten mehr geschuldet, das noch als Gegenstand eines Anspruchs auf Eigentumsverschaffung angesehen werden könnte¹⁴²⁾. Dem ist entgegenzuhalten, daß sich ein Anspruch überhaupt nicht auf das geschuldete Verhalten, sondern auf den Vorteil, den dieses Verhalten dem Anspruchsinhaber verschaffen soll, hier auf das Eigentum an der Kaufsache richtet¹⁴³⁾. Gemäß §433 Abs. I ist der Verkäufer aber nicht nur zur Bestellung einer Anwartschaft, sondern zur Eigentumsverschaffung verpflichtet¹⁴⁴⁾. Im übrigen erscheint diese Auffassung schon im Ansatzpunkt unzutreffend: Der Sinn des §17 KO besteht u.a. darin, die Erfüllung im konkursrechtlichen Sinne solange hinauszuschieben, als noch nicht alle vertraglichen Pflichten, auch die Nebenpflichten, erfüllt sind¹⁴⁵⁾. Dem Verkäufer aber obliegt noch die vertragliche Pflicht, alles zu unterlassen, was den Eigentumserwerb des Käufers hindern könnte¹⁴⁶⁾.

- b) Betrachtet man den Vorbehaltskaufvertrag noch nicht als vollständig erfüllt, ist damit noch nicht gesagt, ob eine anwartschaftliche Betrachtungsweise nicht der Anwendung des §17 KO entgegensteht. Die Frage nach der Anwendbarkeit des §17 KO ist eine Frage nach der Konkursfestigkeit der Eigentumsanwartschaft und kann befriedigend nur durch Heranziehung speziell anwartschaftlicher

142. Georgiades, S.120 ff.

143. Wiesner, JR 1967,325.

144. H.M., vgl. Bauknecht, NJW 1956,1178; Bley, Jüdicium IV, Sp.204 ff; Lehmann, AT, S.355; Letzgus, S.18; Jaeger-Lent, KO, §17 Anm. 11 B; Menzel-Kuhn, KO, §17 Anm. 18; Serick I, S.357 m.w.N.; RGZ 140,162; BGH NJW 1962,2296.

145. Huber, BB 1964,731 m.w.N.

146. BGH NJW 1954,1325; Soergel-Ballerstedt, BGB, §455 Anm. 8.

Wertungen und ihrem Verhältnis zu § 17 KO beantwortet werden.

Aus § 161 I 2 ergibt sich, daß der Anwärter nicht nur gegen Zwischenverfügungen des Verkäufers, sondern auch gegen Verfügungen durch dessen Konkursverwalter geschützt ist. Damit ist vorausgesetzt, daß die Anwartschaft nicht schon als Folge der Konkurseröffnung erloschen ist; § 15 KO greift also nicht ein. Es mag zwar dem Wortlaut des § 161 I 2 nicht schon eindeutig zu entnehmen sein, ob die aus der Wahlbefugnis des Konkursverwalters hervorgehende Erfüllungsablehnung als eine Verfügung über die Anwartschaft im Sinne des § 161 I anzusehen und damit unzulässig ist. Nachdem man aber die Eigentumsanwartschaft für den Konkurs des Verkäufers schon derart aufgewertet hat, daß sie im Sinne von § 15 KO dem Konkurs standhalten soll, muß man konsequenterweise die Wertung des § 161 der des § 17 KO vorgehen lassen: § 161 soll die Anwartschaft im Konkurs des Verkäufers stark machen; dann muß aber auch § 17 KO, der für diesen Fall nicht die speziellere Wertung darstellen kann, hinter § 161 zurücktreten¹⁴⁷⁾.

Bestätigt wird das Ergebnis auch durch die ratio, die die weitaus h.M. dem § 17 KO zuerkennt¹⁴⁸⁾. Er soll dem Vorteil des Vertragsgegners, nicht dem der Konkursmasse dienen und verhindern, daß der Gegner voll erfüllen muß, selbst aber mit nur einer mageren Konkursdividende abgespeist wird. Zahlt der Vorbehaltskäufer den Restkaufpreis, so erwirbt er kraft der bedingten Übereignung das Eigentum an der Kaufsache, wird also in vollem Umfang befriedigt. Da er sich somit nicht in der Gefahr befindet, zu kurz zu kommen, braucht § 17 KO ihn auch

147. Vgl. Huber, BB 164, 731 ff, 734 ff m.w.N.

148. Vgl. Wieser, NJW 1970, 916 m.w.N.

nicht vor einer solchen zu bewahren¹⁴⁹⁾.

7. Das Ergebnis der Untersuchungen

Die vorangegangenen Untersuchungen blieben fruchtlos, suchte man sie nicht für die systematische Einordnung der Eigentumsanwartschaft nutzbar zu machen.

- a) Die Selbständigkeit und Beständigkeit der Anwartschaft aus Vorbehaltskauf, ihre Behandlung im Rechtsverkehr in allen Belangen wie ein subjektives Recht lassen keine Zweifel aufkommen, daß hier bereits ein subjektives Recht gegenwärtiger Natur vorliegt. Insoweit herrscht weitgehend Übereinstimmung¹⁵⁰⁾.
- b) Äußerst umstritten dagegen ist die Frage, ob die Eigentumsanwartschaft zu den dinglichen Rechten gezählt werden kann. Während die in der Literatur h.M. ihre dingliche Rechtsnatur bejaht¹⁵¹⁾, ist die Rspr. bis heute zögernd und unsicher geblieben. Sie gebraucht Formeln wie "aufschiebend bedingtes Eigentum"¹⁵²⁾, subjektives Recht, das "dem Voll-

149. Wieser, NJW 1970, 916 ff.

150. A.A. Brecht, JJB 61,263 ff; Oertmann, S.125 ff; Stracke, Diss.; Würdinger, S.84 ff; Zweifelnd: Bach JW 1938,932.

151. Vor allem: Baur, SR, §59.I 2b; Bauknecht, NJW 1955,1251 ff; Boehmer, Einf., S.221; v.Caemmerer, Rechtsleben 2.Hbd., S.82 ff; Forkel, S.182; Gelhaar, bei BGH LM Nr. 7 zu §930; Lange, AT, §12 IV 3; Letzgus, S.14; Holtz, S.26; Merkel, JW 1930, 332; 31,2088; Oertmann, LZ 1927,10; Palandt-Degenhart, BGB, §929 Anm. 6 B b; Raiser, S.62; Schwister, JW 1933,1762 ff; 1857 ff; Staud.-Seufert, BGB, Einl. vor §854 Anm. 36; wohl auch Westermann, SR, §5 III 3c.

152. BGH, NJW 1954,1325.

recht ähnlich ist"¹⁵³⁾, "Vorstufe des Eigentums", "im Verhältnis zum Eigentum kein aliud, sondern ein wesensgleiches Minus"¹⁵⁴⁾, aber auch "kein Sachenrecht und kein gegen jedermann wirkendes dingliches Recht an fremder Sache", die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers sei aber "so gefestigt, daß ein solches Anwartschaftsrecht nach Wirkung und Bedeutung einem echten beschränkten dinglichen Recht nahe kommt"¹⁵⁵⁾.

Mit dem Gebrauch solcher beschreibender Formeln ist freilich nichts gewonnen. Versucht man dagegen die durch das induktive Vorgehen gewonnenen Ergebnisse unter die konstitutiven Wesensmerkmale eines dinglichen Rechts zu subsumieren, so läßt sich die Frage nach der Rechtsnatur der Anwartschaft weit sicherer beantworten als mit einer Bildersprache, die wegen der solchen Bildern nicht in genügendem Maße zukommenden Unterscheidungskraft immer nur unscharf sein kann.

Die Rechtslehre ist seit langem um die Feststellung konstitutiver Merkmale der Dinglichkeit bemüht; eine übereinstimmende M. aber hat sich bis heute nicht gebildet¹⁵⁶⁾.

So sieht eine dem prozessrechtlichen Denken verhaftete Ansicht das Wesen des dinglichen Rechts darin, daß es nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet ist, sondern absoluten, gegen jedermann ge-

153. BGHZ 20, 88.

154. BGHZ 28, 16 ff.

155. BGHZ 30, 374.

156. Vgl. Raiser, S. 58 Anm. 141.

richteten Schutz verleiht:¹⁵⁷⁾ Während der Leistungsinhalt eines Forderungsrechts sich nur an eine bestimmte Person, nämlich den Schuldner wende, wirke das Sachenrecht im absoluten Sinne und schließe jeden anderen vom Sachgenuß aus - vom gesamten im Falle des Eigentums, von einem bestimmten Sachgenuß im Falle der beschränkten dinglichen Rechte.

Die überwiegende M.¹⁵⁸⁾ dagegen hält die von der Rechtsordnung anerkannte Sachherrschaft für das Wesensmerkmal der dinglichen Rechte. Diese Sachherrschaft müsse unmittelbar sein, d.h. sich ohne Rücksicht auf den Willen eines anderen entfalten können und nicht durch die Leistungspflicht eines Partners vermittelt werden; die durch ein Schuldverhältnis vermittelte Sachherrschaft begründe nur Besitz, aber kein dingliches Recht.

Der Gegensatz zwischen dem relativen, nur gegen einen Schuldner gerichteten Recht und dem absoluten dinglichen Recht führte zu der weiteren Forderung, letzteres müsse nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch gegenüber dem jeweiligen Eigentümer der Sache durchsetzbar sein, also Sukzessionsschutz genießen.

Eine neuere Lehre wiederum hält die unmittelbare Sachbeziehung bzw. den Ausschließungscharakter der Sachenrechte nicht für Wesenszüge, sondern nur für Ausflüsse der güterzuordnenden Funktion solcher Rechte¹⁵⁹⁾.

Dieser Meinungsstreit kann bei der Bestimmung der Rechtsnatur der Eigentumsanwartschaft auf sich

157. Vgl. Raiser, S.58 Anm. 141.

158. Eichler, Inst. I, S.2 ff; Larenz, Methodenlehre, S.352; Raiser, S.59; Soergel-Mühl, BGB, Einl. SAR Anm. 8 m.w.N.; Staudinger-Seufert, BGB, Einl. SAR Anm. 2 m.w.N.; Wolff-Raiser, SR, §2 Anm. 1.

159. Westermann, SR, §§2,3; Wieacker, DRW 1941,61; AcP 148,57.

beruhen, denn die Anwartschaft des Vorbehaltskäufers erfüllt nach jeder dieser Ansichten die Anforderungen, die an das Bestehen eines dinglichen Rechts gestellt werden.

Sie genießt

absoluten Klageschutz:

der Anwärter hat die Besitzschutzansprüche, §§858 ff, 1007, daneben Ansprüche aus §823 I bei tatsächlichen, aus §816 bei rechtlichen Beeinträchtigungen der Anwartschaft; nach richtiger A. auch die Eigentumsschutzansprüche, §§985 ff, 1004 entsprechend;

Sukzessionsschutz:

§161 spricht eine dingliche Gebundenheit des Eigentümers aus; er kann die Anwartschaft weder durch einseitigen Widerruf noch durch kollidierende Verfügungen beseitigen; ihre Selbständigkeit und Stärke zeigt sich auch im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers.

Sie gewährt

unmittelbare Sachherrschaft:

der Sachbesitz gibt dem Anwärter die tatsächliche Sachherrschaft und Nutzungsmöglichkeit; sein "Recht zum Besitz" wird nicht allein durch den obligatorischen Vorbehaltskauf vermittelt, sondern entspringt der Anwartschaft selbst; solange diese besteht, ist der Vorbehaltsverkäufer nicht berechtigt, Herausgabe an sich zu verlangen; weder die Übertragung des unmittelbaren Besitzes durch den Vorbehaltskäufer entgegen dem ausdrücklichen Verbot des Verkäufers, noch Zahlungsverzug oder unsachgemäße Behandlung bringen sein Besitzrecht zum Wegfall. Mit dem Recht zum Besitz ist das Recht auf den Besitz verbunden; die Eigentümerschutzansprüche §§985 ff, 1004 analog, daneben §§858 ff, 823 I, 816 gewährleisten die unmittelbare Willensherrschaft des Anwär-

ters über die Sache¹⁶⁰⁾.

Die unmittelbare Beziehung des Anwärters zur Vorbehaltssache, seine Ausschließungsbefugnis gegenüber jedermann kann aber genauso Ausdruck seiner Zuständigkeit für die Vorbehaltssache und damit Ausfluß der zuordnenden Funktion seines dinglichen Rechts sein.

- c) Gegen die dingliche Rechtsnatur der Eigentumsanwartschaft werden immer wieder zwei Einwände vorgebracht, nämlich ihre Abhängigkeit vom schuldrechtlichen Vorbehaltskauf und das "entgegenstehen-de" Prinzip des numerus clausus der Sachenrechte.

In der Tat ist die Rechtsstellung des Anwärters mit dem zugrundeliegenden Vorbehaltskauf in der Weise verknüpft, daß dessen Nichtigkeit ihr Entstehen hindert und die spätere Auflösung des Schuldverhältnisses vor Bedingungseintritt die Anwartschaft erlöschen läßt. Diese Abhängigkeit vermag so aber nur den Anfang und das Ende der Anwartschaft zu bestimmen. Wie das Beispiel der Akzessorietät der Pfandrechte gegenüber der Forderung zeigt, braucht eine solche Abhängigkeit den dinglichen Charakter eines Rechts nicht zu beeinflussen¹⁶¹⁾. Entscheidend ist die unmittelbare Beziehung des Anwärters zur Sache und seine sonstigen gegenwärtigen Befugnisse. Die Dinglichkeit bleibt aber davon unberührt, daß die Anwartschaft an die Möglichkeit des Vollrechtserwerbs gebunden ist.

Mit dem Einwand des "entgegenstehenden" numerus clausus der Sachenrechte wird vorgebracht, die be-

160. Der schwer greifbare Begriff "unmittelbare Sachherrschaft" wird häufig im Sinne einer unmittelbaren Willensherrschaft, wie sie bei Herrschaftsrechten auftritt, verstanden; Vgl. auch die Tafel der subjektiven Rechte bei Lehmann, AT, S.76.

161. Raiser, S.63.

stehende Rechtsordnung kenne nur eine begrenzte Zahl dinglicher Rechte, die Anwartschaft auf Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gehöre jedoch nicht dazu¹⁶²⁾.

Das Gebot der geschlossenen Zahl der Sachenrechte ist zwar im BGB nicht ausdrücklich angesprochen, an seiner Gültigkeit läßt sich freilich nicht zweifeln. Der Typenzwang kann aber nur bedeuten, es solle verwehrt sein, durch Parteivereinbarung eine dem Gesetz unbekannte Art dinglicher Rechte zu schaffen¹⁶³⁾, da sonst Verpflichtungen aller Rechtsgenossen erzeugt würden, ohne daß diese hiervon Kenntnis hätten und sich darauf einstellen könnten. Das Anwartschaftsrecht aus Vorbehaltskauf aber beruht nicht auf Privatautonomie, sondern ist vom Gesetz entsprechend dessen Wertungen abgeleitet. Zwar hat der Gesetzgeber selbst an diese Erscheinungsform nicht gedacht, sie ist erst nach und nach von Rspr. und Lehre bis zu ihrer heutigen Form entwickelt worden. Das Recht befindet sich jedoch auch dort, wo es gesetzlich normiert ist, in ständiger Bewegung; diese Erscheinungsform macht auch vor dem Sachenrecht nicht halt; es kann daher auch nicht Sinn dieses Grundsatzes sein, das Sachenrecht auf dem Stand des Jahres 1900 gewissermaßen einfrieren zu lassen und jede Rechtsentwicklung zu hemmen¹⁶⁴⁾.

162. Z.B. RGZ 140,228 ff; BGHZ 10,72; 30,377; BGH NJW 1954,1326; Brandis, JW 1931,506; Franke, ZZP 40,461; RGRK-Kuhn, BGB, §455 Anm. 20,24; Staud.-Ostler, BGB, §455 Anm. 43.

163. Schnorr v. Carolsfeld, KrVJSchR 66,179 Anm. 18; Nipperdey, MDR 1960,288.

164. Raiser, S.55.

B. Besonderer Teil

I. Die Besitzlage beim Vorbehaltskauf

Die Anwartschaft des Vorbehaltskäufers entsteht durch Übertragung des Eigentums unter aufschiebender Bedingung (§§929 ff, 158 I); dabei erfolgt die in §§929 ff vorgeschriebene Besitzverschaffung in aller Regel durch körperliche Übergabe der Vorbehaltssache. Die Besitzübertragung mittels Besitzkonstitut ist zwar zulässig, aber äußerst selten, da sie den Interessen des Vorbehaltskäufers, der sich schon mit Abschluß der bedingten Übereignung in den Sachgenuß setzen will, nicht gerecht wird.

1. Eigen- oder Fremdbesitz des Vorbehaltskäufers

Behält nun der Vorbehaltskäufer trotz Übergabe der Sache an den Käufer den mittelbaren Besitz bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises und wird der Käufer sein Besitzmittler, oder verliert er jede besitzrechtliche Beziehung zur Vorbehaltssache und wird der Käufer Eigenbesitzer (§872)? Diese Frage hat nicht nur theoretische Bedeutung. Ist der Verkäufer mittelbarer Besitzer, so hat auch er die Besitzschutzrechte und kann gem. §931 sein Eigentum, das allerdings auflösend bedingt ist, an einen Dritten übertragen. Erheblich wird die Frage nach dem mittelbaren Besitz des Vorbehaltsverkäufers aber auch - was hier besonders interessiert - für die besitzrechtliche Konstruktion, wenn der Vorbehaltskäufer sein Anwartschaftsrecht analog /930 weiter überträgt.

Die Rspr.¹⁶⁵⁾ und die h.L.¹⁶⁶⁾ bejahen den mittelbaren Besitz des Vorbehaltsverkäufers und nehmen ein Besitzmittlungsverhältnis i.S. des §868 zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs an.

Gegen diese A. hat sich schon in der Vergangenheit ein Teil der ält. Lit.¹⁶⁷⁾ gewendet.

So lehnt Kress¹⁶⁸⁾ und ihm folgend Brodmann¹⁶⁹⁾ den mittelbaren Besitz des Verkäufers ab, um den Käufer vor widersprechenden Verfügungen des Eigentümers zu schützen; dieser könne sonst über §161 III i.V. §§931,934 einem Gutgläubigen endgültiges, nicht bloß auflösend bedingtes Eigentum verschaffen. Da aber die heute h.M.¹⁷⁰⁾ für diesen Fall §936 III entsprechend anwendet, ist der Käufer gegen Verfügungen des Verkäufers genügend geschützt.

Thiesing¹⁷¹⁾ leugnet ebenfalls den mittelbaren Besitz des Vorbehaltsverkäufers. Der Vorbehaltskauf

165. Z.B. RGZ 54,396; 74,126,129; 95,105,107; BGH NJW 1953,218; BGHZ 10,69 ff; 28,16 ff; BGH WM 1961, 1197; BGH NJW 1962,117; BGH JZ 1963,433.

166. So Eichler, Inst. II 1, S.120,121; Flume, AcP 161, 385,397; Palandt-Degenhart, BGB, §929 Anm 6 B a cc; Paulus, JZ 1957,41 ff; Pohle, MDR 1956,732; RGRK-Kuhn, BGB, §455 Anm. 2; Rühl, S. 102,104; Erman-Westermann, BGB, §868 Anm. 8; Soergel-Ballerstedt, BGB, §455 Anm. 11; Staud.-Berg, BGB, §929 Anm.28b; Staud.-Ostler, BGB, §455 Anm. 39; Westermann, SR, §18,5; Wolff-Raiser, SR, §8 I 1b; Zunft, NJW 1957,445; JZ 1959,279.

167. Biermann, BGB, §868 Anm. 2b; v.Gierke, PrivatR. II, §144 Anm. 39; Kress, S.196 ff; Planck-Brodmann, BGB, §868 Anm. 2b B; Thiesing, Arch.BürgerR 20,240 ff.

168. AaO (Fußn. 167).

169. AaO (Fußn. 167).

170. S.o. Fußn. 165,166.

171. AaO; ähnlich auch Emmerich, S.233; Flatau, S.48.

sei, da der Verkäufer erst bei Ausfall der Bedingung die Sache vom Käufer herausverlangen könne, kein den in §868 aufgezählten Beispielen ähnliches Verhältnis. Den dort genannten Vertragstypen liege die Tendenz zugrunde, die Sache nur innerhalb gewisser Grenzen dem mittelbaren Besitzer zu entziehen und sie nach Beendigung des Verhältnisses an den Oberbesitzer zurückkehren zu lassen. Beim Vorbehaltskauf dagegen handle es sich um ein auf Veräußerung gerichtetes Geschäft, da die Sache endgültig aus dem Vermögen des Verkäufers ausscheiden solle. In der neueren Lit. hat insb. Raiser¹⁷²⁾ diese M. wieder aufgegriffen und den mittelbaren Besitz des Vorbehaltsverkäufers verneint. Für ihn ist der Vorbehaltskäufer schon vor Bedingungseintritt Eigenbesitzer.

2. Die Voraussetzungen mittelbaren Besitzes

Gem. §868 setzt das Bestehen mittelbaren Besitzes voraus, daß sich eine Sache im unmittelbaren Besitz (§854) eines anderen befindet und dieser die Sache in einem Verhältnis bestimmter Art besitzt. Dieses Verhältnis kennzeichnet §868 durch Beispiele und durch Angabe begrifflicher Merkmale; er erwähnt Nießbraucher und Pfandgläubiger, also dinglich Berechtigte, deren Rechte an der Sache mit dem Recht zum Besitz der Sache verbunden sind, als typische obligatorische Besitzmittlungsverhältnisse Miete und Pacht, die zum Besitz berechtigen und die Verwahrung, die zum Besitz verpflichtet. Für das Wesen der in §868 genannten "ähnlichen" Verhältnisse ergibt sich aus dem Gesetz, daß es sich stets um ein zeitlich begrenztes Verhältnis handeln muß, das eines Tages notwendig zu Ende

172. Raiser, S.73.

geht - daß es aber gerade durch Herausgabe an den bisherigen mittelbaren Besitzer enden muß, wird nicht verlangt¹⁷³⁾.

Einig ist man sich auch darüber, daß aus dem Verhältnis eine Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz entspringen muß¹⁷⁴⁾; das Verhältnis muß also, da ein Recht oder eine Pflicht nur aus einem Rechtsverhältnis entstehen kann, irgendwie rechtlich geregelt sein - sei es durch Gesetz oder Vertrag - und den Besitz der Sache zum Gegenstand haben. Es braucht allerdings nicht rechtsgültig zu sein¹⁷⁵⁾; auch ein vermeintliches Verhältnis reicht aus, wenn nur die Parteien es als gültig ihren Beziehungen zugrunde gelegt haben¹⁷⁶⁾. Dem steht nicht das weitere Erfordernis eines gültigen Herausgabeanspruchs¹⁷⁷⁾ entgegen. Denn, ist das Verhältnis gültig, so ergibt sich der Herausgabeanspruch unmittelbar aus diesem, ist es ungültig, so kann ein solches dem Gesetz, z.B. der Geschäftsführung ohne Auftrag, der ungerechtfertigten Bereicherung oder dem Eigentum¹⁷⁸⁾ entstammen. Daß ein Herausgabeanspruch für den mittelbaren Besitzer bestehen muß, ergibt sich eindeutig aus §870, der für die Übertragung mittelbaren Besitzes die Abtretung des den Besitz vermittelnden Herausgabeanspruchs verlangt. Aber auch das Wesen des mittel-

173. Vgl. Baur, SR, §7 B III 1b cc; RGRK-Kregel, BGB, §868 Anm. 2; Soergel-Mühl, BGB, §868 Anm. 13 m.w.N.; Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm.2; RG JW 1913,492.

174. Für alle: Palandt-Degenhart, BGB, §868 Anm. 2a m.w.N.

175. Vgl. zu diesem umstrittenen Problem Eichler, Inst. II, S.18 m.w.N.

176. So Baur, SR, §7 B III 1b dd; Palandt-Degenhart, BGB, §868 Anm. 2a dd m.w.N.; Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm. 11 m.w.N.; BGH NJW 1955,499; a.A. RGRK-Kregel Anm.8.

177. Für alle: Baur, SR, §7 B III 1b dd.

178. Vgl. Baur, SR, §7 B III 1b dd; RGZ 132,183 ff.

baren Besitzes, der als - wenn auch "vergeistigte" - Sachherrschaft¹⁷⁹⁾ verstanden wird, erfordert dies; hätte der mittelbare Besitzer in Ansehung einer Sache, die sich nicht mehr in seiner körperlichen Gewalt befindet, keinen Herausgabeanspruch gegenüber dem unmittelbaren Besitzer, so fehlte es ihm an jeder Möglichkeit, seinen Besitz zu realisieren, und damit an jeder Sachbeziehung überhaupt. Dagegen ist es, wie die im §868 erwähnten Besitzmittlungsverhältnisse zeigen, keine wesentliche Voraussetzung, daß der mittelbare Besitzer einen unbedingten Herausgabeanspruch hat. Es genügt vielmehr, wenn der mittelbare Besitzer erst nach Beendigung des Verhältnisses vom Besitzmittler Herausgabe verlangen kann; auch ist ein Verhältnis des Inhalts denkbar, daß der mittelbare Besitzer von dem Herausgabeanspruch nur dann soll Gebrauch machen dürfen, wenn der unmittelbare Besitzer seine Verpflichtungen nicht erfüllt¹⁸⁰⁾.

Die bloße Existenz eines zur Besitzmittlung geeigneten Rechtsverhältnisses reicht freilich zur Begründung und zum Fortbestand mittelbaren Besitzes nicht aus. Dieser ist auch davon abhängig, daß der Besitzmittler für den mittelbaren Besitzer

179. So die h.M., vgl. Palandt-Degenhart, BGB, §868 Anm. 1a; Soergel-Mühl, BGB, §868 Anm. 2 m.w.N.; Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm. 26 m.w.N.; Westermann, SR, §18, 5; §17, 5d; a.A. Diermann, BGB, §868 Anm. I b, c; v. Gierke, SR, §3 I; Siebert, ZHR 93, 19; Wendt, AcP 87, 49 - mittelbarer Besitz ist Besitz ohne Sachherrschaft bzw. "fingierter" Besitz.

180. Baur, SR, §7 B III 1b; Georgiades, S. 118 m.w.N.; Palandt-Degenhart, BGB, §868 Anm. 2a cc m.w.N.; RGRK-Kregel, BGB, §868 Anm. 2 m.w.N.; Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm. 2b m.w.N..

besitzen will¹⁸¹⁾. Diese subjektive Erfordernis wird durch die Formulierung in §868 "Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher..." aufgestellt.

Hält man daran fest, daß für den Besitzerwerb ein Besitzwille wesentlich ist, so muß dies auch für den mittelbaren Besitz gelten, jedenfalls wenn dem Besitzmittlungsverhältnis eine vertragliche Übereinkunft zugrundeliegt. Bei einem kraft Gesetz entstandenen Besitzmittlungsverhältnis kommt es auf einen Besitzbegründungswillen des Oberbesitzers dagegen nicht an, wenn das gesetzliche Verhältnis automatisch eintritt¹⁸²⁾. Die Frage nach dem Besitzbegründungswillen ist allerdings überall da unwesentlich, wo das Besitzmittlungsverhältnis auf einer Vereinbarung beruht, an der der mittelbare Besitzer selbst oder durch einen Vertreter beteiligt ist. Denn: begründet der mittelbare Besitzer selbst das Besitzmittlungsverhältnis, so liegt darin der Besitzbegründungswille¹⁸³⁾.

Schließlich ergibt sich aus den in §868 aufgezählten Beispielen und aus anderen Vorschriften, die mit dem mittelbaren Besitz zusammenhängen, so die §§941, 986, 991 - dort ist stets davon die Rede, daß der unmittelbare Besitzer seinen Besitz von dem mittelbaren ableitet - daß der Besitz des Mittlers Ausdruck eines vom mittelbaren Besitzer abgeleite-

181. Vgl. RGZ 135,80 ff; BGH NJW 1955,499; Baur, SR, §7 B III 1b; Planck-Brodmann, BGB, §868 Anm. 3, 4b B m.w.N.; Soergel-Mühl, BGB, §868 Anm. 6; Westermann, SR, §17 5c,d. Äußerst bestritten ist allerdings, ob es eines solchen Willens bedarf, wenn das Besitzmittlungsverhältnis auf Gesetz beruht, vgl. hierzu RGRK-Krogel, BGB, §868 Anm. 23; Palandt-Degenhart, BGB, §868 Anm. 2a aa m.w.N.; Bay. OLG 53,277.

182. Erman-Westermann, BGB, §868 Anm. 4; Rötelmann, NDR 1954,96 Anm.; Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm. 11; Westermann, SR, §18,2; §19 I 2.

183. Westermann, SR, §19 I 2.

ten Besitzrechts sein muß¹⁸⁴⁾.

3. Das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltskäufer und -verkäufer

Für die Besitzlage zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs ergibt sich damit:

Die Ansicht Raisers¹⁸⁵⁾, die für die Existenz mittelbaren Besitzes verlangt, daß sich aus dem Besitzmittlungsverhältnis als solchem ein Herausgabeanspruch für den Oberbesitzer ergibt, lehnt sich bei der Auslegung des Begriffes "ähnliches Verhältnis" in §868 zu eng an die im Gesetzestext beispielhaft aufgezählten Verhältnisse an, so daß kaum noch ein anderes Verhältnis als die im Gesetz genannten für eine Besitzmittlung in Frage kommt. Daß der Oberbesitzer aus den zwischen ihm und dem Besitzmittler bestehenden Verhältnis einen unbedingten Herausgabeanspruch hat, ist, wie die in §868 erwähnten Besitzmittlungsverhältnisse selbst zeigen, nicht erforderlich. Mittelbarer Be-

184. So die weit überwiegende M., z.B. Baur, SR, §7 B III 1b bb; Palandt-Degenhard, BGB, §868 Anm. 2a bb; Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm. 3 m.w.N.; Wendt, AcP 87,44; Westermann, SR, §18 4,5; Wolff-Raiser, SR, §8 I 1a; BGH NJW 1955,499. Unzutreffend die in der ält. Lit. (J.v. Gierke 2,219; Kretschmar, SR, 37 ff; Kress, 193 ff) vertretene A., die ein Wesensmerkmal mittelbaren Besitzes in der "Ableitung des Besitzes" vom Oberbesitzer sieht. Dies würde bedeuten, daß der Besitz geradeweg vom mittelbaren auf den unmittelbaren Besitzer übergegangen sein müßte. Eine solch enge Auslegung findet keine Stütze im Gesetz, das in §868 nur verlangt, daß jemand eine Sache "als Nießbraucher" etc. besitzt. Man kann aber sehr wohl eine Sache z.B. als Pächter besitzen, ohne sie unmittelbar vom Verpächter erhalten zu haben und ohne daß der Verpächter sie im unmittelbaren Besitz gehabt haben müßte, etwa wenn der Pächter den Abgang der zum Inventar gehörenden Stücke ersetzt, §586 II.

185. Raiser, S. 73.

sitz wäre nur dann nicht gegeben, wenn der Herausgabeanspruch des Vorbehaltskäufers für immer ausgeschlossen wäre. Dieser hat aber im Falle seines Rücktritts den Vindikationsanspruch aus §985 bzw. den Rückforderungsanspruch aus §346. Daß die Geltendmachung dieser Ansprüche nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist, schadet nicht¹⁸⁶⁾.

Weiter ist der Vorbehaltskäufer aufgrund des Vorbehaltskaufs bzw. aufgrund seiner Anwartschaft auf Zeit dem Verkäufer gegenüber zum Besitz berechtigt; sein Besitzrecht endet, gleichgültig ob man dem Käufer ein obligatorisches oder ein dingliches Besitzrecht gibt, jedenfalls mit Ausfall der Bedingung¹⁸⁷⁾.

Auch subjektiv ist ein entsprechender Besitzwille zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs gegeben. Raiser meint zwar, der Vorbehaltskäufer solle, wie der gewöhnliche Käufer auch, endgültig besitzen, er führe die Sachherrschaft nicht für den Verkäufer oder Eigentümer, sondern ausschließlich im eigenen Interesse. Dem steht aber die Vorschrift des §872 entgegen, die feststellt: "Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer". Gemäß §455 ist der Eigentumsübergang durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises aufschiebend bedingt, d.h. das Eigentum geht erst mit Bedingungseintritt mit ex-nunc-Wirkung auf den Käufer über. Ist der Vorbehaltskäufer vertragstreu, so besitzt er bis dahin die Sache nicht als ihm gehörend, sondern als eine Sache, die zur Zeit noch im Eigentum des Verkäufers steht und die ihm erst mit Zahlung des Restkaufpreises gehören wird¹⁸⁸⁾. Er respektiert also

186. S.o.S.62

187. S.o.S.45

188. Flume, AcP 161, 397: "Auch für die Frage des Eigenbesitzes sollte man die Unterscheidung von "mein" und "dein" beachten, und gerade der Vorbehaltskäufer hat sie zu beachten".

das Eigentum des Verkäufers und ist sich auch der zeitlichen Begrenzung seines Besitzrechts bewußt. Er hat deshalb nicht Eigen- sondern Fremdbesitzerwillen. Der Verkäufer wiederum will den Käufer, solange dieser noch nicht seine Zahlungsverpflichtung erfüllt hat, nicht zum Eigenbesitzer machen, sondern ihm nur den Fremdbesitz überlassen, während er selbst als Eigentümer die Sache noch als ihm gehörend (§872) besitzt.

Aber auch systematische Gesichtspunkte sprechen gegen die A. Raisers: So ist dem deutschen Recht die Vorstellung eines nicht besitzberechtigten Eigentümers neben einem rechtmäßigen Eigenbesitzer fremd. Der Anspruch aus §985 ist mit dem Eigentum untrennbar verbunden; ist ein Dritter zum unmittelbaren Besitz berechtigt, behält der Eigentümer jedenfalls das Recht zum mittelbaren Besitz. Spricht man dagegen dem Vorbehaltsverkäufer den mittelbaren Besitz ab, so führt das zu einer Entleerung des Eigentumsbegriffs, die dem Gebot der Klarheit und Stabilität der Rechtsverhältnisse im Sachenrecht nicht entspricht. Weiter hat diese Ansicht zur Folge, daß der Vorbehaltsverkäufer sein Eigentum durch bloße Einigung an einen Dritten übertragen könnte¹⁸⁹⁾. Bei Sachen, die in niemandes Besitz stehen, mag diese von einem Teil der Lit. vertretene A.¹⁹⁰⁾ zutreffen. Im Falle der Eigentumsübertragung durch den Verkäufer stehen dem aber - die Vorbehaltssache befindet sich im unmittelbaren Besitz des Verkäufers - die §§929 ff entgegen, die für die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen neben der Einigung die körperliche Übergabe bzw. ein Übergabesurrogat verlangen.

189. Georgiades, S.119 m.w.N.

190. Vgl. hierzu Staud.-Berg, BGB, §931 Anm. 2c; Westermann, SR, §41 II 3 m.w.N.

Unzutreffend sieht Raiser¹⁹¹⁾ einen Zusammenhang zwischen der Annahme eines Besitzmittlungsverhältnisses zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs und der von der Rspr. aufgegebenen M., bei der bedingten Übereignung müsse der Einigungswille der Parteien bis zum Bedingungseintritt fortbestehen. Dem ist entgegenzuhalten, daß die h.L. in der Lit. diese A. nie vertreten und doch mit Selbstverständlichkeit Eigenbesitz des Vorbehaltsverkäufers angenommen hat¹⁹²⁾.

Letztlich führt aber auch Raiser seine A. nicht konsequent durch. Bei der Sicherungsübereignung nimmt er an, der Sicherungsgeber habe durch die vollständige Zahlung der zugrundeliegenden Verbindlichkeit aufschiebend bedingtes Eigentum¹⁹³⁾.

Trotzdem sieht er den Sicherungsgeber als unmittelbaren Fremdbesitzer, den Sicherungsnehmer als mittelbaren Eigenbesitzer an. Während aber der Vorbehaltsverkäufer durch Rücktritt das Anwartschaftsrecht des Käufers einseitig zu zerstören vermag, hat der Sicherungseigentümer nur ein Verwertungsrecht. Die Rechtsposition des Vorbehaltskäufers ist demnach schwächer als die des Sicherungsgebers. Betrachtet man bei der auflösend bedingten Sicherungsübereignung den Sicherungsgeber als Fremdbesitzer, so ist es der Vorbehaltskäufer erst recht¹⁹⁴⁾.

191. Raiser, S.71

192. Flume, AcP 161,397.

193. Wolff-Raiser, SR, §180 II 2.

194. Flume, AcP, 161,398.

4. Sondermeinungen

- a) A. Blomeyer¹⁹⁵⁾ bejaht zwar ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs, betrachtet aber dennoch den Vorbehaltskäufer als mittelbaren Eigenbesitzer. Seiner A. nach ist der Vorbehaltsverkäufer als Verfallpfandgläubiger mittelbarer Fremdbesitzer, der Vorbehaltskäufer, der bereits Eigentum an der Vorbehaltssache erworben habe, zugleich unmittelbarer Fremd- und mittelbarer Eigenbesitzer. Diese A. stützt Blomeyer durch folgende Überlegungen:

Zum Inhalt des Eigentums gehöre seine zeitliche Dauer. Ein bloßer "zeitlicher Teil" eines Dauerrechts sei als selbständiges subjektives Recht unserem Rechtssystem fremd; zeitlich begrenztes Eigentum sei daher kein Eigentum, sondern eine Eigentumsbelastung. Für die aufschiebend bedingte Übereignung bedeute dies: Da der Erwerb des Vollrechts von dem Eintritt der Bedingung abhängt, liege der zeitliche Teil des Eigentums im Falle des Bedingungseintritts beim Vorbehaltsverkäufer; der Vorbehaltskäufer sei daher als Eigentümer zu betrachten; falle die Bedingung aus, so bleibe der Verkäufer Eigentümer und der Käufer habe überhaupt kein dingliches Recht an der Sache. Oder anders ausgedrückt: wegen der Unsicherheit des Eintritts oder Ausfalls der Bedingung habe jede Partei möglicherweise Eigentum, nämlich bedingtes Eigentum, der Verkäufer jedenfalls den zeitlichen Teil des Eigentums. Dieses Verhältnis der bedingten Rechte lasse sich in zwei subjektiven Rechten darstellen, die einander belasteten. Das Eigentum des Käufers sei durch das "Anfallsrecht" des

195. A. Blomeyer, Studien, S. 241 ff.; AcP 153, 239 ff.; JZ 1955, 416; ihm folgend: Henke, JZ 1959, 202; S. 6, 20 ebenso Wieacker als rechtspolitisches Postulat in ZAKDR 38, 590 ff.

Verkäufers, oder das Eigentum des Verkäufers durch das "Anfallsrecht" des Käufers belastet. Welchen Weg man einschlage, entscheide sich nach dem Zweck der bedingten Verfügung; da der Käufer Eigentümer, der Verkäufer soweit als möglich gesichert sein solle, sei es Sachgerecht, den Käufer als Eigentümer, den Verkäufer als Verfallpfandgläubiger zu betrachten. Der Käufer sei daher Eigen-, der Verkäufer Fremdbesitzer. Zwischen beiden bestehe ein Besitzmittlungsverhältnis; der Käufer sei Besitzmittler, weil die Sache dem Verkäufer verpfändet sei, der Verkäufer sei als Pfandgläubiger Besitzmittler des Käufers (des Eigentümers), der höchststufigen mittelbaren Eigenbesitz innehave.

Die M. Blomeyers hat sich nicht durchzusetzen vermocht¹⁹⁶⁾. Sie verstößt gegen den Wortlaut und den Sinn der §§158 I, 455. Die Abrede, daß sich der Verkäufer das Eigentum an der Kaufsache vorbehält, läßt sich nicht in das Gegenteil, nämlich eine unbedingte Übereignung, umdeuten; die §§1204 ff gestatten keine Pfandbestellung durch Besitzkonstitut, §1229 nicht eine Verfallklausel zugunsten des Gläubigers. Weiter unterstellt Blomeyer die Bestellung eines Nutzungsrechts durch den Käufer zugunsten des Verkäufers, obwohl dieser dem Käufer die Sache gerade zu Besitz und Nutzung übergibt. Letztlich aber erscheint schon der Ansatzpunkt der These Blomeyers, Eigentum auf Zeit sei kein Eigentum, sondern eine Eigentumsbelastung, unzutreffend¹⁹⁷⁾.

196. Vgl. Bauknecht, NJW 1955, 1243; Ennecc.-Nipp, AT 1. Hbd., §82 Fußn. 16; Duden, JZ 1954, 42; Ohr, MDR 1954, 343; Raiser, S. 52; Zunft, NJW 56, 1222 Anm. 27; BGHZ 10, 69 ff.

197. Hierzu Raiser, S. 53 ff.

b) Auch Letzgus¹⁹⁸⁾ bejaht zwar ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltskäufer und -verkäufer, nimmt aber an, der Vorbehaltskäufer habe, da er mit Bedingungseintritt ohne weiteres Eigentümer werden sollte, aufschiebend bedingten, der Verkäufer auflösend bedingten Eigenbesitz; mit Zahlung des Restkaufpreises schwele der bedingte Eigenbesitz des Käufers zum unbedingten an. Der Hinweis auf den "befristeten" Nießbrauchbesitz¹⁹⁹⁾ und sein Vergleich mit dem "bedingten" Eigenbesitz des Vorbehaltskäufers überzeugt freilich nicht. Der "befristete" Besitz beim Nießbrauch ist Fremdbesitz und hat, ebenso wie alle anderen Fälle des Fremdbesitzes auch, ein Recht zum Besitz auf Zeit zur Grundlage. Dem Besitz als einem faktischen Herrschaftsverhältnis läßt sich zudem keine Bedingung anfügen, auch nicht, wie Letzgus meint, der Besitzart. Im übrigen kennt das Gesetz zwei Eigenbesitzer nebeneinander nur in der Form des Mitbesitzes, §866, der hier genauso wenig vorliegt wie Miteigentum der geläufigen Art²⁰⁰⁾.

c) Serick²⁰¹⁾ differenziert bei den besitzrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs. Der Käufer besitze die Vorbehaltssache als Fremdbesitzer, weil er für die Schwabezeit das Eigentum des Verkäufers respektiere, als Besitzmittler, weil er den Herausgabeanspruch während dieser Zeit unter bestimmten Voraussetzungen anerkenne, als Eigenbesitzer aber insoweit, als er aufgrund seines Anwartschaftsrechts einer eigenen Berechtigung die Sache schon als ihm gehörend ansehen dürfe.

198. Letzgus, S. 22.

199. §1061 S.1 bestimmt, daß der Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers erlischt.

200. Raiser, S.72.

201. Serick I, §10 V 1.

Der Vorbehaltskäufer verfüge, wenn er sein Anwartschaftsrecht übertrage, als Berechtigter, also müsse ihm auch ein eigenes Besitzrecht an der Sache zustehen, das er bei der Veräußerung mitübertrage. Dieses eigene Besitzrecht gebe ihm die Stellung eines Eigenbesitzers.

Daß der Anwärter ein eigenes, der Anwartschaft entspringendes Besitzrecht hat, wurde bereits ausgeführt²⁰²⁾. Weshalb aber dieses Besitzrecht ihm die Stellung eines Eigenbesitzers geben soll, ist nicht einzusehen. Auch der Pfandgläubiger oder der Nießbraucher haben ein eigenes, absolutes Besitzrecht; trotzdem sind sie Fremdbesitzer. Der Auffassung, der Vorbehaltskäufer sei, jedenfalls was seine Anwartschaft betreffe, bereits Eigenbesitzer, steht der Wortlaut des §872 entgegen. Der vertragstreue Vorbehaltskäufer, der das Eigentum des Verkäufers respektiert, besitzt die Vorbehaltssache eben noch nicht als ihm gehörend; er hat zwar bereits ein dingliches Anwartschaftsrecht an der Sache erlangt, aber auch diese starke Anwartschaft ist eben noch kein Eigentum und der Verkäufer weiß dies sehr wohl.

Schließlich führt die M. Sericks²⁰³⁾ zum Bruch mit den geläufigen Begriffen des Besitzrechts. Das Zusammentreffen von Eigen- und Fremdbesitz auf gleicher Besitzstufe ist unserem Recht fremd. Lediglich bei verschiedenen gestuften Besitzmittlungsverhältnissen wird ein solches Zusammentreffen für zulässig gehalten, etwa wenn der Vorbehaltsverkäufer das verkaufte Auto zur Reparatur zurückerhält; dann ist er sowohl unmittelbarer Fremd- als auch mittelbarer Eigenbesitzer.

202. S.o.S.35 ff.

203. S.o.S.70; wie er selbst anerkennt, vgl. Serick I, §11 III 4.

Die von der Lit. unternommenen Versuche, dem Vorbehaltskäufer schon vor Bedingungseintritt Eigenbesitz zuzusprechen und den mittelbaren Eigenbesitz des Verkäufers am Vorbehaltsgut zu leugnen, überzeugen nicht. Mit der weit überwiegenden M.²⁰⁴⁾ ist vielmehr davon auszugehen, daß zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs ein Besitzmittlungsverhältnis besteht, demzufolge der Vorbehaltskäufer seinem Verkäufer den Besitz vermittelt; der vertragstreue Vorbehaltskäufer ist unmittelbarer Fremd-, sein Verkäufer mittelbarer Eigenbesitzer.

204. S.o.S. 59.

II. Besitzrechtliche Problematik der sicherungshalben Übertragung der Eigentumsanwartschaft

1. Allgemeines

Die Sicherungsübereignung trägt den Bedürfnissen des Kreditverkehrs Rechnung, auch solche Fahrnis zur Absicherung von Krediten zu verwerten, deren unmittelbaren Besitz der Schuldner nicht entbehren kann, und demzufolge eine Pfandrechtsbestellung wegen der Anforderungen der §§1205, 1206, 1253 ausscheidet. Der Gläubiger, Sicherungsnehmer genannt, erhält zwar nach außen hin mehr als ein Pfandrecht, nämlich das Volleigentum übertragen, jedoch wird die Eigentumsübertragung durch einen schuldrechtlichen Vertrag mit der zu sichernden Forderung in der Weise verknüpft, daß der Sicherungsnehmer das Eigentum nicht endgültig, sondern nur bis zur Tilgung der Forderung behalten soll. Entsprechend dem Sicherungszweck ist der Sicherungsnehmer im Innenverhältnis verpflichtet, das Eigentum nur zur Sicherung des gewährten Kredits zu verwerten, nicht ohne Einwilligung des Sicherungsgebers darüber zu verfügen und es nach Tilgung der Forderung an diesen zurückzuübertragen. Dabei kann die Rückzahlung des Kredits zur auflösenden Bedingung für die Eigentumsübertragung gemacht werden; wenn das geschieht, fällt das Eigentum mit Rückzahlung der Darlehensvaluta von selbst an den Sicherungsgeber zurück; andernfalls ist eine rechtsgeschäftliche Übertragung nötig. Ob der Sicherungsgeber im Falle der Tilgung der Forderung ohne weiteres Eigentümer wird²⁰⁵⁾ oder ob er lediglich einen schuldrechtli-

205. So bei Schweigen des Sicherungsvertrags: Baur, SR, §57 III 1b; Lange, NJW 1950, 565; Mohrmann, S. 186 m.w.N.; Palandt-Degenhart, BGB, §930 Anm. 4c m.w.N.; Wolff-Raiser, SR, §179 III.

chen Rückgewähranspruch erlangt²⁰⁶⁾, muß, falls keine ausdrückliche Vereinbarung vorliegt, dem Inhalt des Sicherungsvertrags durch Auslegung entnommen werden.

Da bei der Sicherungsübereignung der Besitzstand unverändert bleibt, wird der Rechtsübergang entgegen dem deutsch- rechtlichen Grundsatz nicht erkennbar. Trotzdem ist ihre Zulässigkeit heute gewohnheitsrechtlich anerkannt²⁰⁷⁾.

Eine Übertragung der Eigentumsanwartschaft analog § 929 I durch körperliche Übergabe der Vorbehalts- sache ist relativ selten; der Vorbehaltskäufer kann die Sache nicht in seinem Geschäftsbetrieb entbehren, will sie weiterverarbeiten oder an Abkäufer veräußern, oft ist ihm auch aufgrund der AGB's des Verkäufers verboten, den unmittelbaren Besitz aus der Hand zu geben, für den Kreditgeber dagegen ist der unmittelbare Besitz meist unerwünscht, da mit ihm die Verpflichtung zur Aufbewahrung verbunden ist. Im Regelfall erfolgt daher die Übertragung der Eigentumsanwartschaft entsprechend § 930 durch dingliche Einigung und Vereinbarung eines Besitzkonstituts zwischen Vorbehalts- käufer und Anwartschaftserwerber. Hauptanwendungs- fall für diese Veräußerungsart ist die sicherungs- halbe Übertragung des Anwartsschaftsrechts des Käufers. Ihre Zulässigkeit ist heute nahezu unbe- stritten²⁰⁸⁾.

206. So z.B. Westermann, SR, §43 III 3; wohl auch Serick II, S.76; Saarbr. JBL Saar 64, 185.

207. Vgl. für alle: Palandt-Degenhart, BGB, § 930 Anm. 4.

208. Georgiades, S.32; Sie wird nur von A.Blomeyer (Studien, S. 250; JZ 1956,416) und Henke (JZ 59,202; S.6,20) bezweifelt, die sich für eine Anwartschaftsübertragung gemäß § 931 aussprechen. Diese A. hängt jedoch eng mit der allg. und zu Recht abgelehnten M., der Vorbehaltsver- käufer sei Pfandgläubiger, der Verkäufer Eigen- tüm. Vorbehalts- sache, S. 68 69 zu-

Die sicherungshalbe Übertragung der Eigentumsanwartschaft setzt wie jede andere Übertragung gem. §930 die Vereinbarung eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses voraus. Ein sog. abstraktes Besitzkonstitut, d.h. das bloße Versprechen, die Sache demnächst herauszugeben oder das bloße Einigsein der Beteiligten darüber, daß der eine auf Zeit für den anderen besitzen solle ohne Beziehung zu einem bestimmten Verpflichtungsgrund, genügt den Anforderungen des §868 nicht²⁰⁹⁾. Es muß vielmehr durch ein konkret bestimmtes Rechtsverhältnis, das allerdings nicht zu den benannten Verträgen zu gehören braucht, ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht, also ein abgeleitetes Besitzrecht begründet sein²¹⁰⁾. Die Parteien der Sicherungsübertragung vereinbaren deshalb ein leihe- oder verwahrungsähnliches Verhältnis, demzufolge der Vorbehaltskäufer als Sicherungsgeber gegenüber dem Anwartschaftserwerber als Sicherungsnehmer auf Zeit zum Besitz berechtigt ist. Ein solches zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis kann stillschweigend vereinbart werden²¹¹⁾, wenn die besonderen Umstände vorliegen, aus denen sich der entsprechende Wille beider Teile entnehmen läßt. Hierbei kommt es darauf an, ob vernünftigerweise und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aus dem Verhalten der Parteien die stillschweigende Begründung eines bestimmten Verpflichtungsgrundes als Vertragswille gefolgert werden kann. Für

209. Allg.M., z.B. Soergel-Mühl, BGB, §868 Anm. 9 m.w.N.

210. S.o.S.60 ff.

211. Palandt-Degenhart, BGB, §868 Anm. 2a cc m.w.N.; RGRK-Kregel, BGB, §868 Anm. 5; Soergel-Mühl, BGB, §868 Anm.9; RG HRR 1933 Nr.1186; BGH NJW 58, 302; BGH WM 61,1046; 62,1194; bedenken dagegen bei Serick II, S.123.

einen solchen Willen muß der Vertrag selbst irgend einen Anhalt bieten oder dieser Wille muß aus sonstigen, außerhalb der Urkunde liegenden Umständen zu entnehmen sein. Wenn jedoch Zweifel an der Ernstlichkeit des Parteiwillens, das Eigentum bzw. hier die Eigentumsanwartschaft ohne Besitzübergabe zu übertragen, nicht besteht, ergeben die tatsächlichen Verhältnisse in der Regel, daß das entscheidende Rechtsverhältnis in irgendeiner Weise begründet worden ist²¹²⁾.

Unter diesem Gesichtspunkt verliert auch der Streit darüber, ob die Sicherungsabrede allein für die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses ausreicht²¹³⁾, an Bedeutung. Die Sicherungsübereignung, die sich ohne spezielle gesetzliche Regelung entwickelt hat, ist durch die tägliche Übung so sehr Bestandteil unseres Rechtslebens geworden, daß die allgemein übliche Ausgestaltung der Sicherungsabrede, nämlich die Verwahrungspflicht und das Besitzrecht des Sicherungsgebers vor dem Verwertungsfall und die Pflicht zur Rückgewähr nach Tilgung der Forderung, entsprechend den Gepflogenheiten des Rechtsverkehrs nicht mehr ausdrücklich vereinbart zu werden brauchen, sondern als stillschweigend vereinbart gelten können²¹⁴⁾; Bestätigung hierfür

212. Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1967,730 m.w.N.

213. Brühning, NJW 1957,1067; Lange, NJW 1950,567; Machleid, JZ 1959,146; Raiser, Anm. zu BGH NJW 1953,217; Röttemann, NJW 1958,1124; Soergel-Mühl, BGB, §930 Anm.22; Palandt-Degenhart BGB, §930 4a cc m.w.N. A.A.; die Sicherungsabrede muß die Rechte und Pflichten des Sicherungsgebers bezügl. der Sache mit genügender Bestimmtheit festlegen, so z.B. Baur, SR, §51 V 2; Serick, II, S.123; Westermann, SR, §40 II 2b; §143 II 2b; OLG Hamm NJW 1970,2067.

214. Vgl. hierzu Reich, NJW 1970,757,758 Anm. zu Nr. 8 u. 9.

mag die tatsächliche Übung der Parteien sein.

2. Der Vorbehaltskäufer als doppelter Besitzmittler

Will der Vorbehaltskäufer die Eigentumsanwartschaft gem. §930 auf den Sicherungsnehmer übertragen, so muß er diesem mittelbaren Besitz am Vorbehaltsgut verschaffen. Er schließt hierzu mit dem Anwartschaftserwerber ein Besitzmittlungsverhältnis i.S. des §868. Bezüglich eben dieser Gegenstände besteht aber schon aufgrund des Vorbehaltskaufs ein Besitzkonstitut, demzufolge der Vorbehaltskäufer die Waren für den Verkäufer besitzt.

Die Schwierigkeit für die Annahme, der Sicherungsnehmer habe mittelbaren Besitz am Vorbehaltsgut erlangt, besteht offensichtlich in diesem schon vorhandenen Besitzmittlungsverhältnis²¹⁵⁾. Dem äußeren Anschein nach ist der Vorbehaltskäufer als unmittelbarer Besitzer dann Besitzmittler zweier Personen aus verschiedenen Besitzmittlungsverhältnissen, nämlich des Vorbehaltsverkäufers aufgrund des Eigentumsvorbehalts, des Sicherungsnehmers aufgrund der Sicherungsabrede.

Ist eine so geartete "doppelte" Besitzmittlung aber überhaupt möglich, bzw. was geschieht, wenn ein Besitzmittler mit einem Dritten ein weiteres Besitzmittlungsverhältnis vereinbart - wird dadurch das alte Besitzmittlungsverhältnis zerstört, oder falls diese weiterbesteht, wie verhalten sich die

215. Diese Schwierigkeit besteht nicht für alle diejenigen, die dem Vorbehaltsverkäufer jede besitzrechtliche Beziehung zur Vorbehaltssache absprechen und den Vorbehaltskäufer bereits als Eigenbesitzer ansehen (s.o.S.58 ff). Dann überträgt dieser den ihm zukommenden Eigenbesitz auf den Sicherungsnehmer und behält unmittelbaren Fremdbesitz. Es besteht so nur ein Besitzmittlungsverhältnis, nämlich das zwischen Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer.

beiden Besitzkonstitute zueinander?

- a) Das RG hat in einer Reihe von Entscheidungen die Frage behandelt, ob durch Begründung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses der Besitzstand des bisherigen mittelbaren Besitzers beseitigt wird²¹⁶⁾. In diesen Urteilen hat das RG nach und nach den Satz entwickelt, die Begründung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses seitens des Besitzmittlers löse das bisherige Besitzmittlungsverhältnis jedenfalls immer dann auf, wenn die beiden Verhältnisse in unvereinbarem Gegensatz zueinander stünden; ein gleichstufiger mittelbarer Nebenbesitz zwischen dem alten und dem neuen Oberbesitzer komme nicht in Betracht. Der BGH hat sich mit der Rechtsfigur des Nebenbesitzes zwar nicht ausdrücklich beschäftigt, ihn jedoch für einen bestimmten Anwendungsfall ebenfalls abgelehnt²¹⁷⁾.

Diese Rspr. ist in der Lit. vielfach auf Widerspruch gestoßen. Man sagt, der mittelbare Besitz

216. RGZ 89,348 ff; 105,413 ff; 119,152 ff; 135,80 ff; 138,265 ff; RG JW 1932,3763. In der Mehrzahl dieser Fälle war zu entscheiden, ob ein gutgläubiger Erwerber nach §934 2.Alt. Eigentum von einem nichtberechtigten Veräußerer erlangt habe, der auf dem Wege des §931 über fremdes Eigentum verfügte, ohne daß ihm ein Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer der Gegenstände zustand. Der Besitzmittler glaubte jedoch an die Berechtigung des Veräußerers, Herausgabe verlangen zu können, und verwahrte die Gegenstände nach der Veräußerung nicht mehr für den bisherigen mittelbaren Besitzer, sondern nun für den Erwerber. Durch die Änderung des Besitzmittlungswillens sei, so das RG, der Besitzstand des bisherigen mittelbaren Besitzers erloschen und der Erwerber neuer mittelbarer Besitzer geworden; er habe deshalb nach §934 2. Alt. Eigentum vom Nichtberechtigten erwerben können.

217. BGHZ 28,27.

werde durch die Begründung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses nicht oder nicht immer zerstört; unter gewissen Umständen jedenfalls könne eine "Besitzspaltung" eintreten, so daß der Besitzmittler nun den Besitz mehreren Personen gleichzeitig vermittle, ohne daß diese Mitberechtigte wären, weil in jedem Falle ein anderes Besitzmittlungsverhältnis zugrundeliege²¹⁸⁾. Staudinger²¹⁹⁾ charakterisiert diesen Nebenbesitz so: "Die Besitzmittler stehen hier weder auf der selben Stufe noch auf verschiedenen Stufen derselben Besitzleiter, vielmehr stehen sie auf verschiedenen Besitzleitern".

Für eine unbeschränkte oder doch sehr weitgehende Zulassung mittelbaren Nebenbesitzes treten vor allem Mangik²²⁰⁾, Rosenberg²²¹⁾ und Martin Wolff²²²⁾ ein.

Mangik²²³⁾ meint, das schon vorhandene obligatorische Besitzmittlungsverhältnis werde nicht dadurch beseitigt, daß der Besitzmittler ein weiteres, diesem widersprechendes Besitzkonstitut mit einem Dritten vereinbare. Der Besitzmittler bleibe nach wie vor gegenüber dem alten Oberbesitzer zum Besitz berechtigt und verpflichtet. Erst wenn er seinen unmittelbaren Besitz aufgebe, erlösche der

218. Dieser Besitz unterscheidet sich vom Mitbesitz; dieser kann sowohl schlichter Mitbesitz (unmittelbar oder mittelbar) als auch Gesamthandsbesitz (unmittelbar oder mittelbar) sein; mittelbarer Mitbesitz liegt vor, wenn den mehreren Oberbesitzern der Herausgabeanspruch als Gesamtgläubiger (§428), Gesamthandsbesitz, wenn den Oberbesitzern der Herausgabeanspruch nach Art der Gläubigerschaft zur gesamten Hand (§432) zusteht.

219. Staudinger-Seufert, BGB, §868 Anm. 27.

220. Mangik, JW 1928, 398 Anm. zu 3.

221. Rosenberg, BGB, §268 Erl. IV 3c.

222. M. Wolff, SR, S. 27, 29

223. A.a.O.

mittelbare Besitz des bisherigen Oberbesitzers. Rosenberg²²⁴⁾ glaubt, der mittelbare Besitz müsse weiter bestehen, da der bisherige mittelbare Besitzer sonst "völlig schutzlos" sei. Martin Wolff²²⁵⁾ schließlich anerkennt die Möglichkeit gleichstufigen mittelbaren Besitzes auch dann, wenn die Interessen des alten und des neuen mittelbaren Besitzers durchaus unvereinbar sind, ohne allerdings eine Begründung hierfür anzugeben.

Diese Ansicht, die mittelbaren Nebenbesitz in derart weitem Umfang - auch bei widerstreitenden Interessen der Oberbesitzer - annimmt, beruht auf einem andern Verständnis des Wesens mittelbaren Besitzes. Sie knüpft die Existenz mittelbaren Besitzes völlig an das zugrundeliegende Rechtsverhältnis und bestreitet, da sich der Besitzmittler nicht einseitig von dem dinglichen oder obligatorischen Rechtsverhältnis zu lösen vermag, ihm demzufolge auch die Macht, den mittelbaren Besitz einseitig durch einen entsprechenden Willensentschluß zu beenden²²⁶⁾. Diese M. entspricht aber schon nicht dem historischen Willen des Gesetzgebers. Der erste Entwurf des BGB bestimmte in §813 II, daß, solange der Inhaber die tatsächliche Gewalt behalte, durch eine Handlung desselben der mittelbare Besitz dann beendet werde, wenn der Inhaber gegenüber dem Besitzer den Willen erkläre, die tatsächliche Gewalt nicht mehr für ihn, sondern für sich oder einen Dritten auszuüben. Der zweite Entwurf hat diese Bestimmung bewußt gestrichen, da man glaubte, der Verlust des mittelbaren Besitzes müsse auch dann eintreten, wenn der unmittelbare Besitzer in

224. AaO.

225. AaO.

226. So auch Kress, S.200; W. Müller, AcP 137,86 ff.

einer den mittelbaren Besitz ausschließenden Weise über die Sache verfüge²²⁷⁾. Dieser Auffassung trägt der Wortlaut des §868 Rechnung. Durch die Formulierung "Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher..." wird, wie das RG in RGZ 135,80 ff zutreffend hervorhebt, ein subjektives Erfordernis aufgestellt²²⁸⁾. Die Voraussetzung von welcher der §868 den mittelbaren Besitz abhängig macht, liegt nicht darin, daß ein Verhältnis der bezeichneten Art besteht, sondern darin, daß der unmittelbare Besitzer die Sache "als Nießbraucher" etc. besitzt. Wie lange aber der Besitzmittler diesem subjektiven Erfordernis genügen will, hängt lediglich von seinem Willen ab. Kraft der allgemein anzuerkennenden Vertragsfreiheit hat der Besitzmittler stets die Möglichkeit ein neues Besitzmittlungsverhältnis mit einem anderen einzugehen. Für die Beendigung des alten Konstituts genügt eine äußerlich feststellbare Handlung oder Erklärung, die der unmittelbare Besitzer demjenigen gegenüber vornimmt, für den er das neue Besitzmittlungsverhältnis begründen will²²⁹⁾. Von einer Schutzlosigkeit des mittelbaren Besitzers kann nicht, wie Rosenberg²³⁰⁾ glaubt, die Rede sein. Ihm stehen für diesen Fall aus dem zugrundeliegenden meist obligatorischen Rechtsverhältnis Ansprüche auf Schadenersatz, eventuell auch auf Herausgabe der Sache gegen den unmittelbaren Besitzer zu. Der bisherige mittelbare Besitz endet also immer

227. P. II S.227 ff.

228. Vgl. auch die Fassung des §856 S.2 "aufgibt" und des §872 "als ihm gehörend".

229. H.M., z.B. RGZ 135,80 ff; RG JW 1932,3763 ff; BGH JZ 1966,234; BGH JZ 1969,433; Baur, SR, §7 B III 3b; Westermann, SR, §19 II 3.

230. AaO. S.79 Fußn. 221.

dann, wenn der Besitzmittler die Lösung vom alten Besitzmittlungsverhältnis durch einseitige, erkennbare Handlungen, z.B. Umwandlung des Fremd- in Eigenbesitz, erkennen läßt²³¹⁾. Die gegenteilige Auffassung liefe auf eine Umwandlung unserer Vorstellungen vom mittelbaren Besitz insgesamt hinaus: Dieser müßte dann - so auch eine Mindermeinung²³²⁾ - als "Besitz ohne Sachherrschaft" aufgefaßt werden, der allein an die Existenz des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses geknüpft wäre mit der Folge, daß auch bei anderen Rechtslagen nicht mehr entscheidend auf die tatsächlichen Verhältnisse abgestellt werden könnte, etwa bei der Frage, ob mittelbarer Besitz auch bei ungültigem Rechtsverhältnis bestehen könne²³³⁾.

- b) Ein nicht unerheblicher Teil der Lit.²³⁴⁾ will immer dann gleichstufigen mittelbaren Nebenbesitz annehmen, wenn die Vereinbarung des "neuen" Besitzmittlungsverhältnisses nicht Ausdruck der Auflehnung des Besitzmittlers gegen den bisherigen Oberbesitzer ist, sondern der Mittler gegen-

231. Der Wille des Mittlers ist nur dann unbeachtlich, wenn in Ansehung der Sache die Vertragsfreiheit und die Verfügungsbefugnis aller Beteiligten ausgeschlossen ist, vgl. Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm. 27, strittig.

232. Insb. J.v. Gierke, SR, §3 I 4; Siebert, ZHR 93, 19.

233. Nach weit überwiegender M. kann mittelbarer Besitz auch bei ungültigem Rechtsverhältnis bestehen, vgl. Lange JuS 69, 164.

234. Baur, SR, §52 II bei "Doppelspiel" des Lagerhalters; Dölle, JW 1932, 1212; Erman-Westermann, BGB, §868 Anm. 12; Lange, JuS 69, 164; Paulus, JZ 1957, 41, 45; Pohle, MDR 1956, 732; Wolff-Raiser, SR, §8 II Anm. 27; Westermann, NJW 1956, 1298; SR, §19 II 4; vgl. auch bei Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm. 27; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Anh. zu §368 Anm. 2b.

über beiden "Oberbesitzern" Besitzmittlungswillen zeigt; so, wenn der Lagerhalter in Abwandlung der oben erwähnten Reichsgerichtsentscheidungen²³⁵⁾ trotz Vereinbarung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses sich weiterhin auch als Besitzmittler des ursprünglichen Oberbesitzers geriert und auf dessen Anweisung einen Teil der eingelagerten Ware einem Dritten aushändigt.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rspr.²³⁶⁾ die Möglichkeit gleichstufigen mittelbaren Nebenbesitzes abgelehnt und in RGZ 135,80 ff.²³⁷⁾ seine Meinung eingehend begründet:

Das Gesetz stelle sich den Besitz als eine ausschließliche Gewalt über die Sache vor; dies werde schon dadurch deutlich, daß mit einem bestimmten Artikel von "dem" Besitz gesprochen werde. Gebe es an einer Sache nur den Besitz, also einen Besitz, so könne es auch nur einen Besitzer geben. Dieser Grundsatz werde nur durch §866, der den Fall des gemeinschaftlichen Mitbesitzes mehrerer Personen betreffe, durch §868, wonach derjenige, der zu einem unmittelbaren Besitzer in einem Verhältnis der in §868 bezeichneten Art stehe, ebenfalls Besitzer sei, und durch §871, der einen mehrfach gestuften Besitz zulasse, durchbrochen. Damit sei aber der Kreis derjenigen Personen geschlossen, die am Besitz einer einheitlichen Sache beteiligt sein könnten. Die Schaffung anderer rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Wege der Vereinbarung sei nach allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechts unstatthaft. Ein gleichstufiger mittelbarer Besitz

235. S.o.S. 78, FuBn. 216.

236. Vgl. die oben S.78, FuBn. 216 genannten Entscheidungen.

237. Vgl. auch das RG in JW 1932, 3764 ff; Diese Entscheidung stimmt in den Gründen fast wörtlich mit RGZ 135,80 ff überein.

könne daher nicht anerkannt werden. Aber auch innere Gründe sprächen für die Ernstlichkeit und Ausschließlichkeit des mittelbaren Besitzes. Zwar stehe es dem unmittelbaren Besitzer frei, ein neues Besitzmittlungsverhältnis zu schaffen; es könne ihm aber nicht die Befugnis zuerkannt werden, die dadurch eintretenden Rechtsfolgen von sich aus zu bestimmen und in die Ausschließlichkeit des Besitzes einzugreifen. Stünde es im Belieben des unmittelbaren Besitzers, mehrere nebeneinander herlaufende mittelbare Besitzberechtigungen zu begründen, so entstehe dadurch erhebliche Rechtsunsicherheit, insb. wäre völlig unklar, welchem der mittelbaren Besitzer die Eigentumsvermutung des §1006 III zugute kommen solle. Der unmittelbare Besitzer müsse, wenn er einem Dritten den mittelbaren Besitz einräume, der vorher für einen anderen bestanden habe, die Rechtsfolge in Kauf nehmen, daß der bisherige mittelbare Besitz erlösche, einerlei ob er einen solchen Willen habe oder nicht; auf seine Willensentschließung könne es insoweit nicht ankommen, da im Sachenrecht für eine den Gesetzesrahmen überschreitende freie Ausgestaltung der rechtlichen Verhältnisse kein Raum sei. Die Verschiedenheit dieser Rechtsgebiete trete auch darin hervor, daß zwar die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem ursprünglichen mittelbaren Besitzer und dem Besitzmittler unverändert fortbestünden, daß aber sachenrechtliche Wirkungen dieses schuldrechtlichen Verhältnisses nicht mehr stattfinden könnten. Die Anerkennung nebeneinander bestehender und sich entgegenstehender Besitzmittlungsverhältnisse ziehe aber auch nicht haltbare Folgen nach sich; so solle nach dem Gutachten von M. Wolff vom 7. Mai 1931, der dem neuen, zweiten mittelbaren Besitzer verschaffte Besitz nicht ausreichen, um der Anforderung der Besitzerlangung zu genügen, wie sie §934 2. Alt. aufstelle. Damit werde dieser Besitz zu einem Besitz

zweiten Ranges gestempelt, der an Kraft dem Besitz ersten Ranges nachstehe. Eine solche Unterscheidung sei aber offensichtlich dem Besitzrecht der §§854 ff völlig fremd.

Die Vertreter der gegenteiligen Auffassung vermögen diese Argumentation nicht zu erschüttern.

So meint Dölle²³⁸⁾ nur, der vom RG vertretene Satz, durch Begründung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses werde stets unter allen Umständen der bisherige mittelbare Besitz zerstört, sei in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Er gesteht zwar ein, daß die Eigentumsvermutung des §1006 III im Verhältnis der mehreren mittelbaren Besitzer paralyisiert werde, Dritten gegenüber bleibe sie jedoch zugunsten des mittelbaren Besitzers bestehen, der sich darauf berufe, und er fügt dann - gleichsam beruhigend - hinzu, die zeitliche Folge des Besitzstandes bringe sowieso eine gewisse Ordnung in die Beziehungen. Ungelöst bleibt freilich die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn beide Nebenbesitzer den Besitzmittler unter Berufung auf §1006 III aus §985 verklagen²³⁹⁾.

Ähnlich auch Wolff-Raiser²⁴⁰⁾: Ein unmittelbarer Besitzer könne, abgesehen vom Fall der Besitzstufung, Besitzmittler verschiedener Personen aus verschiedenen Verhältnissen sein; diese seien dann wie gleichstufige mittelbare Mitbesitzer, die sich für mittelbare Alleinbesitzer halten, zu behandeln. Mit der grundsätzlichen Zulässigkeit eines so gearteten Besitzes und den vom RG geäußerten Bedenken setzten sie sich jedoch nicht auseinander.

238. Dölle, JW 1932, 1012 zu Nr. 13.

239. Vgl. Zunft, NJW 1957, 44.

240. Wolff-Raiser, SR, §8 II Anm. 27; §15 II 2.

Westermann²⁴¹⁾ räumt zwar ein, es fehle für eine derartige besitzrechtliche Beteiligung Mehrerer eine positive Vorschrift, sie widerspreche aber nicht in dem Maße der Besitzstruktur, daß sie deswegen abgelehnt werden müsse. Die gegenteilige M. komme mit jeder geäußerten Willensänderung des Besitzmittlers zu einem Wechsel der Besitzverhältnisse, was angesichts des Strebens des Besitzrechts nach Stetigkeit ebenso unerfreulich sei wie die Schwierigkeiten, die aus dem gesetzlich nicht geregelten Nebenbesitz folgten. Maßgeblich für die Annahme von Nebenbesitz spreche, daß so die in gleicher Art mit der Sache in Beziehung Stehenden, die beide der Einwirkungsmöglichkeit mittels des Rechtsverhältnisses zum Besitzmittler trauten, auch in die gleiche Besitzlage kämen²⁴²⁾. Dem Einwand, die beiden "Oberbesitzer" seien gleich schutzwürdig, ist freilich entgegen zu halten, "daß es dem Grundsatz Hand wahre Hand entspricht, daß das Vertrauen des das zweite Besitzmittlungsverhältnis abschließenden Dritten Vorrang vor dem Vertrauen des Hinterlegers hat"²⁴³⁾. Pohle²⁴⁴⁾ schließlich glaubt, der BGH habe in BGHZ 20,88 ff mittelbar die Zulässigkeit des Nebenbesitzes bejaht, da andernfalls nicht ersichtlich sei, warum er sonst nicht ohne weiteres den Anwartschaftserwerb bezüglich der unter Eigentumsvorbehalt dem Veräußerer überlassenen und in dessen Besitz verbliebenen Sachen abgelehnt habe. Tatsächlich aber läßt diese Entscheidung die gesamte besitzrechtliche Problematik außer Acht;

241. Westermann, SR, §19 II 4a.

242. So auch Erman-Westermann, BGB, §868 Anm. 22; Lange, JuS 1969,164; zustimmend für den Fall des Doppelspiels auch Baur, SR, §52 II 4c bb.

243. Zunft, NJW 1957,447.

244. Pohle, MDR 1956,732.

erst in BGHZ 28,27 geht der BGH in einem gleichgelagerten Fall auf diese Fragen ein und spricht sich hier ausdrücklich gegen die Annahme mittelbaren Nebenbesitzes aus.

Neben der Ausschließlichkeit des Besitzes und der erheblichen Rechtsunsicherheit, die durch das Nebeneinander mehrerer gleichstufiger Besitzmittlungsverhältnisse entsteht, spricht vor allem folgende Überlegung gegen die Möglichkeit von Nebenbesitz im Falle des Doppelspiels:

Für das Bestehen mittelbaren Besitzes ist ein entsprechender Wille des Besitzmittlers erforderlich, der erst die Möglichkeit der Einwirkung und damit der - wenn auch gelockerten - Sachherrschaft gibt, so auch die Vertreter gleichstufigen mittelbaren Nebenbesitzes²⁴⁵⁾. Zu dem Willen, eine Sache für einen anderen zu besitzen, gehört aber auch die Bereitschaft, die Sache an ihn herauszugeben, sobald dieser es verlangen darf. Wenn nun im Falle des "Doppelspiels" beide Oberbesitzer am gleichen Tage Herausgabe fordern, kann der Besitzmittler die Sache doch nur an einen herausgeben, nicht aber an beide. "Einen anderen Willen kann er deshalb auch während der Dauer des Verhältnisses nicht haben. Dabei mag es sein, daß er entschlossen ist, an den herauszugeben, der zuerst kommt, aber das wäre ein "Wahlbesitz", den es nicht gibt. Ein solcher wahlweiser Wille würde auch deshalb nicht zu beachten sein, weil er niemals nach außen wahrnehmbar werden kann und der geheime Vorbehalt auch hier unbeachtlich ist. Es handelt sich in Wahrheit nicht um ein Nebeneinander, sondern um ein Nacheinander im Besitz, maßgeblich ist der letzte kundgemachte Wille"²⁴⁶⁾. Damit ist das Hauptargument

245. Z.B. Westermann, SR, §12 II 1,3; Baur, SR, §7 B III 3b; Wolff-Raiser, SR, §15 II 2.

246. Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm.27; ähnlich auch RGRK-Kregel, BGB, §868 Anm.2.

der Befürworter mittelbaren Nebenbesitzes bei sog. Doppelspiel des Besitzmittlers - es sei willkürlich, mit der geäußerten Willenserklärung des Besitzmittlers einen Besitzwechsel anzunehmen - widerlegt²⁴⁷).

3. Gleichstufiger mittelbarer Nebenbesitz oder Besitzgebäude im Sinne des § 871

Überträgt der Vorbehaltskäufer seine Anwartschaft entspr. § 930 auf den Sicherungsnehmer, so verfügt er über eine eigene, gegenwärtige Rechtsstellung. Da schutzwürdige Interessen des Vorbehaltsverkäufers hierdurch nicht beeinträchtigt werden, wird diese Form der Anwartschaftsübertragung allgemein für zulässig erachtet²⁴⁸). Dann läßt sich diese Verfügung aber auch nicht als Auflehnung gegen den Oberbesitz des Vorbehaltseigentümers werten, ist vielmehr Ausdruck der Vertragstreue und des Willens, das Schuldverhältnis mit dem Vorbehaltsverkäufer aufrechtzuerhalten. Das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltskäufer und -verkäufer besteht somit auch nach der Anwartschaftsübertragung fort. Andererseits muß der Sicherungsnehmer vom Vorbehaltskäufer mittelbaren Besitz eingeräumt bekommen,

247. Auch Müller-Erzbach, AcP 142, 41 ff lehnt die Rechtsfigur mittelbaren Nebenbesitzes ab: Das Gesetz setze für das Bestehen mittelbaren Besitzes Interessengemeinschaft zwischen unmittelbarem u. mittelbarem Besitzer voraus; da der Besitzmittler mit Abschluß eines neuen B.mittlgsverh. seinen unmittelb. B. in den Dienst von Interessenstelle, die mit den B.interessen des bisherigen mittelb.Bers.nicht zu vereinbaren seien, werde der bisherige mittelb. B. zum Erlöschen gebracht.

248. S.o.S. 74, Fußn. 208.

will man nicht die Zulässigkeit dieser Form der Anwartschaftsübertragung in Frage stellen. Der Sicherungsnehmer als Rechtsnachfolger des Vorbehaltskäufers besitzt das Vorbehaltsgut in Kenntnis des Eigentumsvorbehalts nicht wie ein Eigentümer (§872)²⁴⁹⁾, sondern als mittelbarer Fremdbesitzer; die Interessen von Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer stehen also nicht in unvereinbarem Gegensatz zueinander. Ein nicht unerheblicher Teil der Lit.²⁵⁰⁾ spricht sich demzufolge für die Annahme gleichstufigen mittelbaren Nebenbesitzes zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer aus.

Demgegenüber vertritt der BGH²⁵¹⁾ in Anschluß an Zunft²⁵²⁾ die M. zwischen Vorbehaltskäufer, Sicherungsnehmer und Vorbehaltsverkäufer liege mehrfach gestufter mittelbarer Besitz i.S. des §871 vor: Der Vorbehaltskäufer als unmittelbarer Besitzer vermittele in nachgeordneter Stufenfolge dem Sicherungsnehmer und dem Verkäufer den Besitz; der Sicherungsnehmer sei mittelbarer Fremdbesitzer 1. Grades, der Vorbehaltsverkäufer mittelbarer (Eigen)-Besitzer 2. Grades. Ein erheblicher Teil der Lit. hat sich dieser Auffassung angeschlossen, so daß von einer h. M.²⁵³⁾ gesprochen werden kann.

249. Zum Besitzmittlungswillen des Vorbehaltskäufers vgl. o.S. 65 ff.

250. Erman-Westermann, BGB, §868 Anm.13; Paulus, JZ 1957, 41, 45; Pohle, MDR 1956, 732; Westermann, NJW 1956, 1297; SR, §19 II 4a; vgl. auch Serick I, S.262.

251. BGHZ 28, 16 ff.

252. Zunft, NJW 1957, 445 ff.

253. Baur, SR, §59 V 2b; Brühning, NJW 1959, 1067, 1068; Georgiades, S.128; Medicus, §22 IV 2; Palandt-Deegenhart, BGB, §929 Anm.6 B b aa; Soergel-Mühl, BGB, §871 Anm. 3; wohl auch RGRK-Johannsen, BGB, §929 Anm. 4; Zunft, aaO.; unsicher: Lange, JuS 1969, 165.

- a) Die Vertreter der Gegenansicht argumentieren, es entstehe Nebenbesitz, wenn der Vorbehaltskäufer zugleich für den Verkäufer und für den Sicherungsnehmer besitzen wolle:

Die Meinung, die hier den Nebenbesitz ablehne, müsse entweder das Besitzmittlungsverhältnis bei §930 zwischen Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer verneinen oder aber den Vorbehaltskäufer nur als Besitzmittler des Sicherungsnehmers ansehen²⁵⁴⁾.

Neben das Besitzmittlungsverhältnis zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs, das durch die Anwartschaftsübertragung unberührt bleibe, trete mit Abschluß des Sicherungsvertrages ein weiteres, neues Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer, da der Käufer auch in dieser Richtung fremden Oberbesitz anerkenne. Der Vorbehaltskäufer leite also seine Besitzstellung aus übergeordneten und stärkeren Zuständigkeiten sowohl des Verkäufers als auch des Sicherungsnehmers ab, die selbständig nebeneinander stünden und zwischen denen ein Besitzmittlungsverhältnis wegen der nach beiden Seiten einstufigen Besitzrechtsableitung des Vorbehaltskäufers gar nicht denkbar sei²⁵⁵⁾.

Der Anwartschaftswechsel erzeuge auch einen Wechsel in der Besitzmittlung; der Käufer begeben sich seiner Besitzerstellung zugunsten seines Nachmannes, und, wenn dies nicht durch Übergabe geschehen dürfe, so führe das neue Besitzkonstitut zwangsläufig dazu, daß nunmehr der Anwartschaftserwerber dem Verkäufer den Besitz vermittele. Bedenken gegen

254. Erman-Westermann, BGB, §868 Anm.22; Westermann, NJW 1956,1298; vgl. auch SR, §19 II 4a.

255. Paulus, JZ 1957,45.

die Konstruktion bestünden aber auch aus einem anderen Grunde. Der Anwartschaftserwerber könne vom Vorbehaltskäufer erst dann Herausgabe verlangen, wenn der Eigentumsvorbehalt und damit der mittelbare Besitz des Verkäufers erloschen sei. Der Erwerber müsse sich also mit einem Herausgabeanspruch begnügen, der erst entstehe, wenn die besitzrechtlichen Beziehungen zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer gelöst seien; das Besitzkonstitut zwischen Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer könne somit nur aufschiebend bedingt sein, ein solches vermöge aber nicht den sofortigen Anwartschaftsübergang herbeizuführen²⁵⁶⁾.

Hinsichtlich des Vorbehaltsgutes bestehe bereits ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltskäufer und -verkäufer, in das sich der Sicherungsnehmer nicht ohne Zustimmung des Verkäufers einbringen könne²⁵⁷⁾. Die Konstruktion mittelbaren Nebenbesitzes sei daher einem gestuften Besitzmittlungsverhältnis Vorbehaltskäufer - Sicherungs-

256. Henke, JZ1959,203. Er spricht sich, der M. Blo-meyers (Studien, S.249,251; JZ 1956,1416, vgl. hierzu oben S.68 ff) folgend, für eine Übertragung gem. §931 aus: der Käufer habe nicht nur eine Anwartschaft auf das Eigentum, sondern bereits belastetes Eigentum; er besitze demzufolge die Vorbehaltsware als höchststufiger mittelbarer Besitzer, der Verkäufer habe mittelbaren Besitz der nächsten Stufe, der Käufer unmittelbaren Fremdbesitz. Wenn er sein Eigentum übertrage, so könne er dies ohne Schwierigkeit nach §931 durch Übertragung des mittelbaren Besitzes geschehen; das Besitzmittlungsverhältnis zum Verkäufer bleibe davon unberührt.

257. Pohle, MDR 1956, 732; Henke, 1959,203; Serick I, S. 262.

nehmer - Vorbehaltsverkäufer vorzuziehen²⁵⁸⁾.

- b) Neben den oben dargelegten grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit mittelbaren Nebenbesitzes erscheint die Ansicht derjenigen, die sich hier für gleichstufigen mittelbaren Nebenbesitz zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer aussprechen, nicht frei von Rechtsirrtum:

Westermann²⁵⁹⁾ übersieht die Vorschrift des §871, die einen mehrfach gestuften Besitz und damit mehrere mittelbare Besitzer ausdrücklich zuläßt. Dort heißt es: "Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnis der in §868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer". Ein unmittelbarer Besitzer vermag also mittelbaren Besitz in nachgeordneter Stufenfolge für mehrere Personen gleichzeitig zu vermitteln.

Dieses Ergebnis kann auf verschiedene Weise herbeigeführt werden: So, wenn ein unmittelbarer Besitzer, der zu einer anderen Person bereits im Verhältnis eines Besitzmittlers steht, seinen unmittelbaren Besitz auf einen Dritten überträgt und mit diesem für sich ein Besitzkonstitut vereinbart, z.B. der Mieter einer Sache untervermietet diese an einen Dritten; oder ein mittelbarer Besitzer vereinbart

258. Nach Serick I, S. 262 wurzelt dieser Nebenbesitz in der anfänglich vorhandenen doppelten Besitzstellung des Vorbehaltskäufers und unterscheidet sich so von dem in Rspr. und Lit. behandelten Nebenbesitz: Der Vorbehaltskäufer sei zugleich unmittelbarer Fremd- und Eigenbesitzer (s.o. S. 70, 71). Erräume dem Sicherungsnehmer bei der Übertragung der Anwartschaft nicht den mittelbaren Besitz ein, der zuvor für den Verkäufer bestanden habe, sondern einen mittelbaren Besitz, der sich auf den bisherigen Eigenbesitz des Käufers stütze.

259. Westermann, aaO.

mit einem Dritten ein Rechtsverhältnis, durch das dieser gleichfalls mittelbarer Besitzer wird, z. B. der Vermieter übereignet sicherungshalber seinem Gläubiger die Mietsache unter gleichzeitigem Abschluß eines Verwahrungsvertrags. Dann ist derjenige, der zu dem Besitzmittler in unmittelbarer Beziehung steht, der nähere mittelbare, der andere der entferntere mittelbare Besitzer²⁶⁰⁾. Das Gesetz gibt jedoch keine Ausschließlichkeit für diese Schulfälle. Neben den bereits erwähnten Entstehungstatbeständen, bei denen entweder auf der Seite des bisherigen Besitzmittlers oder auf derjenigen des mittelbaren Besitzers gleichsam von außen ein weiteres Besitzmittlungsverhältnis aufgebaut wird, kommt ein weiterer Fall in Betracht, nämlich, wenn sich zwischen die beiden bisher Beteiligten ein anderer als neuer - erststufiger - mittelbarer Besitzer schiebt und den zuvor alleinigen mittelbaren Besitzer - als nunmehr zweitstufigen - auf die nächsthöhere Stufe der Besitzleiter drängt²⁶¹⁾.

Für die besitzrechtliche Konstruktion der sicherungshalben Übertragung der Eigentumsanwartschaft bietet sich diese Entstehungsform mehrfach gestuften mittelbaren Besitzes an: Der Vorbehaltskäufer, der bereits dem Verkäufer den Besitz vermittelt, bleibt unmittelbarer (Fremd-) Besitzer der Vorbehaltsache und räumt dem Sicherungsnehmer weiteren mittelbaren Besitz ein, ohne dadurch seine Besitzmittlung gegenüber dem Verkäufer zu beenden. Der Sicherungsnehmer weiß, daß ihm sein Sicherungsgeber nicht das Eigentum, sondern nur das Anwartschaftsrecht auf das Eigentum übertragen hat;

260. Vgl. z.B. RGRK-Kregel, BGB, §871 Anm. 1

261. Soergel-Mühl, BGB, §871 Anm. 2; BGHZ 28, 28.

demzufolge hat er nicht Eigen- sondern Fremd-
besitzerwillen bezüglich des Vorbehaltsbuts.
Er kennt also sein zeitlich (auf den Bestand der
Anwartschaft) beschränktes Besitzrecht und das
stärkere Recht des ebenfalls mittelbar besitzen-
den Vorbehaltsverkäufers. Der Parteiwille spricht
damit nicht, wie Paulus²⁶²⁾ meint, für die Annahme
gleichstufigen mittelbaren Nebenbesitzes, sondern,
da der Sicherungsnehmer das Vorbehaltsgut in Kennt-
nis des Eigentumsvorbehalts als Fremdbesitzer be-
sitzt, für eine Besitzstufung i.S. des §871. Trotz-
dem nimmt Paulus ohne nähere Begründung an, der
Vorbehaltskäufer leite sein Besitzrecht einstufig
sowohl vom Vorbehaltsverkäufer als auch vom Anwart-
schaftserwerber ab²⁶³⁾, und zieht aus dieser nicht
bewiesenen Prämisse im Wege der petitio principii
den Schluß, Vorbehaltsverkäufer und Anwartschafts-
erwerber stünden selbständig nebeneinander, zwi-
schen beiden sei eine Besitzmittlung gar nicht
denkbar.

Die Ansicht Henkes²⁶⁴⁾, der Käufer vermittele, nehme
man die Besitzstufung Vorbehaltskäufer- Sicherungs-
nehmer- Vorbehaltsverkäufer ernst, den Besitz nur
noch dem Sicherungsnehmer, widerspricht der klaren
Regelung des §871, wonach ein unmittelbarer Besitzer
gleichzeitig mehreren mittelbaren Besitzern ver-
schiedenen Grades den Besitz zu mitteln vermag.
Wenn Henke glaubt, der Anwartschaftswechsel müsse
auch einen Wechsel in der Besitzmittlung erzeugen -
der Käufer begeben sich seiner Besitzerstellung
zugunsten seines Nachmannes - so zweifelt er damit
die Möglichkeit einer Anwartschaftsübertragung
entspr. §930 an, bei der der Verfügende im Gegen-

262. Paulus, aaO.

263. Paulus, aaO.

264. Henke, JZ 1959, 203.

satz zur Übertragung gem. §931²⁶⁵⁾ im (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitz der Sache bleibt. Henke spricht sich dann ja auch der M. Blomeyers²⁶⁶⁾ folgend für eine Übertragung der Anwartschaft entspr. §931 aus.

Vor der Anwartschaftsübertragung hatte der Vorbehaltskäufer gegenüber dem Verkäufer nach richtiger A. ein absolutes Recht zum Besitz aufgrund der Eigentumsanwartschaft. Daneben stand ihm die exceptio rei venditae et traditae wie jedem anderen Käufer auch zur Seite²⁶⁷⁾. Das bedeutet nun nicht, daß er ein doppeltes Besitzrecht gehabt hätte, beide Besitzrechte standen nicht nebeneinander, sondern überlagerten sich; es lag immer nur ein Besitzrecht mit doppeltem Rechtsgrund vor²⁶⁸⁾. Das obligatorische Recht zum Besitz ist nicht infolge der Anwartschaftsübertragung entfallen, der Vorbehaltskaufvertrag, dem dieses Recht entstammt, besteht ja auch nach der Anwartschaftsübertragung fort. Der Vorbehaltskäufer ist weiter unmittelbarer Besitzer des Vorbehaltsguts, und er zeigt auch weiterhin Besitzmittlungswillen in Richtung auf den Vorbehaltsverkäufer; also ist das zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs bestehende Besitzmittlungsverhältnis durch die Anwartschaftsübertragung nicht beendet worden.

Das weitere Bedenken Henkes, der Sicherungsnehmer habe, da ihm kein gegenwärtiger Herausgabeanspruch gegen den unmittelbar besitzenden Vorbehaltskäufer zukomme, keinen mittelbaren Besitz und damit keine Eigentumsanwartschaft erwerben können, trifft eben-

265. Dort überträgt der bisherige mittelbare Besitzer den besitzvermittelnden Herausgabeanspruch auf den Erwerber und scheidet aus dem B.mittelgsverh. aus.

266. S.o.S. 68 ff.

267. S.o.S. 35 ff.

268. Diederichsen, S. 130 ff.

falls nicht zu. Selbst wenn man mit dem BGH²⁶⁹⁾ davon ausgeht, der Sicherungsnehmer könne Herausgabe an sich erst verlangen, wenn der Eigentumsvorbehalt erloschen und damit das Eigentum vom Verkäufer auf ihn übergegangen sei²⁷⁰⁾, zwingt das nicht anzunehmen, das Besitzkonstitut zwischen Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer sei aufschiebend bedingt. Henke selbst nennt Beispiele dafür, daß gegenwärtige Besitzmittlungsverhältnisse auch aufgrund bedingter Herausgabeansprüche entstehen können, etwa beim Eigentumsvorbehalt oder bei der Sicherungsübereignung. Wenn er hiergegen ausführt, es bestehe dann aber immer nur ein Besitzmittlungsverhältnis, demzufolge Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer in der Lage seien, ihren gem. §986 ~~gehemmten~~ Herausgabeanspruch durchzusetzen, so übersieht er, daß z.B. bei der Pfändung gem. §808 II ZPO durch Anlegung von Siegeln an den im unmittelbaren Besitz des Vollstreckungsschuldners belassenen Sachen der Vollstreckungsgläubiger mittelbaren Fremdbesitz 2. Grades erlangt²⁷¹⁾, obwohl er vom Vollstreckungsschuldner nicht die Herausgabe verlangen kann, da sich die Vollstreckung nach Stellung des Vollstreckungsantrags durch den Vollstreckungsgläubiger öffentlich - rechtlich ohne Mitwirkung des Gläubigers vollzieht²⁷²⁾.

269. BGHZ 28,28.

270. Die neuere Lit. sieht den Anwartschaftserwerber gegenüber dem Verkäufer auch zum unmittelbaren Besitz berechtigt an, s.o.S. 36,37, dann muß der Sicherungsnehmer auch die Herausgabe der Vorbehaltssache an sich verlangen können, wenn er aufgrund der Sicherungsabrede hierzu berechtigt ist, hat allerdings das Eigentum des Verkäufers weiterhin zu beachten.

271. So die gh M., vgl. RGZ 94,341; 126,25; Staud.-Seuffert, BGB, §868 Anm. 21 m.w.N.; Stein-Jonas zu §808 ZPO Anm. IV m.w.N.; Baur, SR, §7 B III 1b bb; Westermann, SR, §18,2; Wolff-Raiser, SR, §8 II.

272. Zunft, JZ 1959,280.

Auch der Vorwurf, der Vertreter mittelbaren Nebenbesitzes, der Sicherungsnehmer, dränge sich unzulässigerweise in das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer ein²⁷³⁾, trifft nicht zu.

Zwar mag ein solches "Eindrängen" auf den ersten Blick befremdlich erscheinen, ungewöhnlich ist es jedoch nicht. Das Gesetz selbst kennt viele Fälle, in denen ein Dritter ohne Zustimmung des bisherigen mittelbaren Besitzers sogar als unmittelbarer Besitzer in die Besitzstufung eintritt und den bisherigen mittelbaren Besitzer erster Stufe auf die nächsthöhere Stufe der Besitzleiter drängt: so etwa gem. § 1422 der das Gesamtgut der Ehefrau verwaltemde Ehegatte gegenüber dem bisherigen Vermieter der Ehefrau; gleichliegende Fälle sind denkbar bei der Verwaltung des Kindsvermögens durch die Eltern (§§ 1638 ff), bei der Nachlaßverwaltung (§1985), der Anordnung der Testamentsvollstreckung (§2205 S.2) und der Konkursverwaltung (§117 KO). Ist der nicht verwaltungsberechtigte Ehegatte, der Erbe über dessen Erbschaft Nachlassverwaltung bzw. Testamentsvollstreckung angeordnet ist, bzw. der Gemeinschaftschuldner im Falle des Konkurses selbst nur mittelbarer Besitzer, so schiebt sich zwischen ihn und den unmittelbaren Besitzer der Sache der (Amts-) Verwalter und drängt den mittelbar Besitzenden auf die nächsthöhere Stufe der Besitzleiter; etwa wenn die (Amts-) Verwalter bei im Depot einer Bank befindlichen Wertpapieren mittelbare Besitzer ersten Grades im Rahmen der bisherigen Besitzstufung werden²⁷⁴⁾.

Wenn Henke²⁷⁵⁾ dagegen ausführt, bei den genannten Beispielsfällen würden sich die Zwischenpersonen

273. S.o.S. 91, Fußn. 257.

274. Zunft, NJW 1957,445.

275. Henke, aaO.

kraft Gesetzes in die Besitzleiter einschieben, derselbe Erfolg könne durch Rechtsgeschäft aber immer nur mit Zustimmung des bisherigen erststufigen mittelbaren Besitzers erreicht werden, verkennt er, daß der das Gesamtgut verwaltende Ehegatte, der Nachlaßverwalter, Testamentvollstrecker oder Konkursverwalter nicht schon mit Antritt ihres Amtes bzw. mit dem Erbfall sogleich Besitzer der zum Gesamtgut etc. gehörenden Gegenstände werden, den (unmittelbaren) Besitz also nicht kraft Gesetz in Analogie zu § 857, sondern durch Übergabe bzw. durch Zwangsvollstreckung, falls die (unmittelbaren) Besitzer nicht zur Herausgabe bereit sind, erwerben²⁷⁶⁾.

Während diese Ansicht für die Erlangung des unmittelbaren Besitzes nahezu unbestritten ist, meint ein Teil der Lit. bei § 1422²⁷⁷⁾, der verwaltende Ehegatte erwerbe den mittelbaren Besitz des anderen Ehegatten kraft Gesetzes durch Universalsukzession. Indessen, ein Grund für eine solch unterschiedliche Behandlung von unmittelbarem und mittelbarem Besitz ist nicht ersichtlich und wird auch von den Vertretern dieser M. nicht dargelegt. Die §§ 1985 I, 2205 S. 2, 117 KO sind echte Anspruchsgrundlagen für die betreffenden Amtsverwalter, sich in den Besitz der Nachlaßgegenstände bzw. der Konkursmasse zu setzen. Das Gesetz geht nun aber von einer grundsätzlichen Gleichbehandlung des unmittelbaren und des mittelbaren Besitzes aus. Sollte bei den

276. So die g.h.M., vgl. z.B. RGRK-Scheffler, BGB, § 1922 Anm. 19; Soergel-Gaul, BGB, § 1422 Anm. 6 m.w.N.; Menzel-Kuhn, KO, § 117 Anm. 9 m.w.N.; Westermann, SR, § 16 II; Baur, SR, § 8 I 3; a.A.: Wolff-Raiser, SR, § 12 II 2.

277. Wolff-Raiser, SR, § 12 II 2, Anm. 12; § 14 I 3 u. Anm. 4; Erman-Bartholomeyczik, BGB, § 1422 Anm. 3; Dölle, Fam. R. I, S. 905; Soergel-Gaul, BGB, § 1422 Anm. 6.

§§1985, 2205 S. 2, 117 KO etwas anderes gelten, hätte dies irgendwie nach außen in Erscheinung treten müssen. Die genannten (Amts-)Verwalter erwerben daher den Besitz - den unmittelbaren wie den mittelbaren - durch Übergabe bzw. rechtsgeschäftlich gem. §870, wenn auch aufgrund eines gesetzlichen Anspruchs²⁷⁸⁾.

Damit entfallen die Bedenken, die gegen die Zulässigkeit des Eindringens des Sicherungsnehmers in das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer erhoben werden. Letztlich aber ergibt sich die Zulässigkeit schon aus der allgemein anerkannten Übertragbarkeit der Eigentumsanwartschaft, die nicht der Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers bedarf²⁷⁹⁾.

Die vorangegangenen Untersuchungen zeigen, daß die Vertreter der M., die sich für mittelbaren Nebenbesitz zwischen Sicherungsnehmer und Vorbehaltsverkäufer aussprechen, keine überzeugenden Gründe für ihre Auffassung anzugeben und die gegenteilige A., die für eine Besitzstufung eintritt, nicht zu erschüttern vermögen.

- c) Unverständlich freilich bleibt, weshalb der BGH²⁸⁰⁾ meint, die Übergabe der noch unter Eigentumsvorbehalt stehenden Gegenstände werde durch ein antezipiertes Besitzkonstitut ersetzt. Das antezipierte Besitzkonstitut kommt nur für erst in Zukunft vom Sicherungsgeber anzuschaffende Waren in Betracht als Gegenstück zur antezipierten Einigung. Darum

278. Vgl. Zunft, JZ 1959, 279, 280.

279. Zunft, aaO.

280. BGHZ 28, 27.

ging es aber in dem vom BGH zu entscheidenden Fall nicht, sondern hier war die wirksame Übertragung schon bei Abschluß des Sicherungsvertrags vorhandener Waren streitig. Der Vorbehaltskäufer überträgt für diesen Fall seine gegenwärtige Anwartschaft durch ein gegenwärtiges Konstitut und nicht etwa das ihm später zufallende Eigentum durch ein antezipiertes Konstitut²⁸¹⁾, so auch der BGH in einer früheren Entscheidung²⁸²⁾. Daß der BGH diese A. wieder aufgeben und zu einer alten, überholten M. zurückkehren wollte, dafür fehlt jeder Anhaltspunkt.

Ungeklärt bleiben in BGHZ 28, 16 ff die besitzrechtlichen Beziehungen zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer. Zwar tritt der BGH, der M. Zunfts²⁸³⁾ folgend, ausdrücklich für mehrfach gestuften mittelbaren Besitz zwischen Vorbehaltskäufer, Sicherungsnehmer und Vorbehaltsverkäufer ein: Ein solcher könne auch entstehen, wenn der unmittelbare Besitzer, der bereits Besitzmittler sei und es auch im Verhältnis zu dem bisherigen mittelbaren Besitzer bleiben wolle, außerdem noch einem Dritten weiteren mittelbaren Besitz einräume. Richtig sei zwar, daß der Wille, für einen anderen zu besitzen, die Bereitschaft voraussetze, die Sache an ihn herauszugeben, sobald der Dritte dies verlangen dürfe. Ein solcher Wille lasse sich aber bei dem Vorbehaltskäufer, der das Anwartschaftsrecht unter Vereinbarung eines Besitzkonstituts auf einen Dritten übertrage, nicht verneinen. Er führt dann aber aus: "Da zwischen dem Dritten und dem Vorbehaltsverkäufer schuldrechtliche

281. S.o.S. 23 ff; Serick I, §11 III 1.

282. BGHZ 20, 88 ff.

283. Zunft, aaO.

Rechtsbeziehungen nicht bestehen und der Dritte daher dem Vorbehaltsverkäufer als Eigentümer gegenüber nicht zum Besitz berechtigt ist, kann der Dritte die Herausgabe an sich erst verlangen, wenn der Eigentumsvorbehalt erloschen und daher der mittelbare Besitz des Lieferanten beendet ist..."

Nach M. des BGH hat also der Vorbehaltskäufer doppelten Besitzmittlungswillen, nämlich in bezug auf den Vorbehaltsverkäufer und auf den Sicherungsnehmer, und diesem Willen entsprechen auch zwei Besitzmittlungsverhältnisse, das "alte" mit dem Vorbehaltsverkäufer und das "neue" mit dem Sicherungsnehmer. Das Besitzmittlungsverhältnis zum Verkäufer besteht weiter, da dieser auch nach der Anwartschaftsübertragung vom Vorbehaltskäufer die Herausgabe unter bestimmten Voraussetzungen verlangen kann, ohne daß sich der Sicherungsnehmer dagegen wehren könnte; denn er ist dem Verkäufer gegenüber nicht zum Besitz berechtigt.

Der BGH argumentiert also mit dem fehlenden Besitzrecht des Sicherungsnehmers gegenüber dem Verkäufer für das Weiterbestehen des "alten" Besitzmittlungsverhältnisses zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs und damit "für" ein Besitzgebäude i.S. des §871. Er übersieht dabei aber offensichtlich folgendes: Die beiden Besitzmittlungsverhältnisse stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern der Sicherungsnehmer hat sich - zulässigerweise - in das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer eingeschoben; letzterer vermittelt also in nachgeordneter Stufenfolge dem Sicherungsnehmer und dem Verkäufer den Besitz. Wer sich aber, wie es der BGH tut, für ein Besitzgebäude i.S. des §871 zwischen Vorbehaltskäufer, Sicherungsnehmer und Verkäufer ausspricht, der muß auch ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer annehmen.

Daß die mittelbaren Oberbesitzer durch ein Rechtsverhältnis der in § 868 bezeichneten Art miteinander verbunden sein müssen²⁸⁴⁾, ergibt sich schon eindeutig aus dem Wortlaut des §871, wo es heißt: "Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnis der in §868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer". Aber auch die Begriffe "Besitzstufung", "Besitzstaffelung", "Besitzgebäude", "Besitzleiter" mit denen das Verhältnis der mehreren Besitzer charakterisiert wird, setzen eine solche Besitzlage voraus; der unmittelbare Besitzer, am Fuße der "Besitzleiter" etc. stehend, vermittelt in nachgeordneter Stufenfolge mehreren mittelbaren Besitzern den Besitz. Diese mittelbaren Besitzer wiederum sind mit Ausnahme des höchststufigen mittelbaren Besitzers Besitzmittler des nächsthöheren.

Wären dagegen die mehreren mittelbaren Besitzer (hier der Vorbehaltsverkäufer und der Sicherungsnahmer) durch kein Rechtsverhältnis i.S. des §868 miteinander verbunden, stünden sie nicht auf verschiedenen Stufen der selben Besitzleiter, sondern auf verschiedenen Besitzleitern; sie wären dann Nebenbesitzer, was der BGH aber für den Fall der sicherungshalben Übertragung der Eigentumsantwortschaft, der M. Zunfts²⁸⁵⁾ folgend, gerade ablehnen will²⁸⁶⁾.

Für ein solches Rechtsverhältnis bleibt jedoch nach der Betrachtungsweise des BGH kein Raum. Wenn in dieser Entscheidung ausgeführt wird, es bestünden keine schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen

284. Für alle: Soergel-Mühl, BGB, §871 Anm. 1; Planck Brodmann, BGB, §871 Anm. 1; Westermann, SR, §17 4 a.

285. Zunft, aaO.

286. Auch in den sonstigen vom BGH in dieser Entscheidung genannten Beispielen für das Entstehen mehrfach gestuften mittelbaren Besitzes waren die Oberbesitzer durch ein Rechtsverhältnis der in §868 bezeichneten Art miteinander verbunden.

zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer - solche auf dinglicher Grundlage kommen entsprechend der Auffassung des BGH über die Rechtsnatur der Eigentumsanwartschaft²⁸⁷⁾ von vornherein nicht in Betracht - so ist nicht zu sehen, auf welches Rechtsverhältnis sich ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Anwartschaftserwerber und Vorbehaltsverkäufer stützen sollte. Allein die Tatsache, daß der Sicherungsnehmer den höherstufigen mittelbaren Eigenbesitz des Verkäufers anerkennt, genügt nicht, um ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Vorbehaltsverkäufer und dem Sicherungsnehmer anzunehmen, vielmehr muß immer ein Rechtsverhältnis schuldrechtlicher oder dinglicher Art zugrundeliegen, wobei es keine Rolle spielt, ob dieses durch Vertrag oder kraft Gesetzes begründet wurde.

Georgiades²⁸⁸⁾ spricht sich, da seiner A. nach ebenfalls jede schuldrechtliche Beziehung zwischen Vorbehaltsverkäufer und Anwartschaftserwerber fehlt, für eine entsprechende Anwendung des §871 aus. Sie werde den Besitzverhältnissen bei der Anwartschaftsübertragung besser gerecht als die M., die sich für gleichstufigen Nebenbesitz ausspreche²⁸⁹⁾.

Aber: Eine Gesetzesanalogie zu §871 kommt nur dann in Betracht, wenn tatsächlich kein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltseigentümer und

287. S.o.S. 53, Fußn. 155.

288. Georgiades, S.128.

289. Ähnlich auch Baur, SR, §59 V: Die Theorie der Besitzstufung könne zwar nur unzulänglich erklären, welches Besitzmittlungsverhältnis der Beziehung zwischen Vorbehaltsverkäufer und Anwartschaftserwerber zugrunde liegen solle; trotzdem sei sie der Theorie vom mittelbaren Nebenbesitz vorzuziehen, da sie die Frage nach der Geltung des §1006 III richtig zu lösen vermöge und dem Vorbehaltsverkäufer die Besitzschutzrechte nach §869 bewahre.

Sicherungsnehmer vorliegt. Für eine solche Annahme scheint zu sprechen, daß zwischen den mittelbaren Oberbesitzern weder vertragliche Vereinbarungen bestehen noch irgendein rechtsgeschäftlicher Kontakt stattfand, ja sich diese Personen vielfach gar nicht kennen.

Auch die M. Zunfts ²⁹⁰⁾ - das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Anwartschaftserwerber bestehe in dessen dinglichem Recht, bei Bedingungseintritt Eigentümer der Vorbehaltsware zu werden - vermag die Zweifel um die besitzrechtlichen Beziehungen zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer nicht zu zerstreuen. Denn ob zwischen den beiden ein Besitzmittlungsverhältnis besteht, ist ausschließlich an den Voraussetzungen des §868 zu messen. Allein "das dingliche Recht des Anwartschaftserwerbers, bei Bedingungseintritt Eigentümer der Vorbehaltssache zu werden" sagt eben nur, daß der jeweilige Anwartschaftsberechtigte mit Zahlung des Restkaufpreises Eigentum direkt vom Verkäufer erwirbt; ob dagegen das Anwartschaftsrecht besitzrechtliche Beziehungen zwischen Anwartschaftsinhaber und Vorbehaltseigentümer auslöst, ist ja gerade die Frage und bedarf einer näheren Untersuchung.

Und schließlich: Worin besteht das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Anwartschaftserwerber, wenn man, wie der BGH²⁹¹⁾ es tut, die dingliche Natur der Eigentumsanwartschaft leugnet, sich aber trotzdem für gestuften mittelbaren Besitz zwischen Vorbehaltsverkäufer, Sicherungsnehmer und Vorbehaltsverkäufer ausspricht?

Auf diese anstehenden Fragen soll im folgenden Abschnitt eine Antwort gefunden werden.

290. Zunft, aaO.

291. BGH, aaO.

III. Das zur Besitzmittlung geeignete Rechtsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer

1. durch Vereinbarung zwischen dem Vorbehaltskäufer und dem Sicherungsnehmer zugunsten des Vorbehaltsverkäufers

Überträgt der Vorbehaltskäufer sein Anwartschaftsrecht, so verfügt er über eine eigene gegenwärtige Rechtsposition. Eine Mitwirkung des Vorbehaltsverkäufers hierbei ist nicht notwendig. Für das gesuchte Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer folgt daraus: Soll es auf vertraglicher Grundlage beruhen, kann es, da diese Personen nie selbst in rechtsgeschäftlichen Kontakt zueinander getreten sind, nur durch Vereinbarung zwischen Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer anlässlich der Anwartschaftsübertragung entstanden sein.

Daß Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer den Vorbehaltseigentümer mit in ihr Vertragsverhältnis einbeziehen und so die besitzrechtlichen Beziehungen zwischen Verkäufer und Anwartschaftserwerber zu ordnen suchen, ist nicht ungewöhnlich. Der Verkäufer ist für die Parteien der Sicherungsübertragung kein x-beliebiger Dritter, sondern noch immer Eigentümer der Vorbehaltsgegenstände. Seine Interessen werden durch eine Anwartschaftsübertragung jedenfalls dann berührt, wenn ihr ein Wechsel in der Person des unmittelbaren Besitzers nachfolgt, bei der Sicherungsübertragung, wenn der Sicherungsnehmer aufgrund der Sicherungsabrede vom Vorbehaltskäufer Herausgabe verlangt. Zwar wird der Verkäufer in seinen AGB's oft Bestimmungen darüber getroffen haben, wann er seinerseits vom Vorbehaltskäufer, auch ohne

vom Vertrag zurücktreten zu müssen, Herausgabe verlangen kann, oder er wird dem Käufer verboten haben, den unmittelbaren Besitz aus der Hand zu geben. Diese Vereinbarungen wirken jedoch nur zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs, binden aber nicht den Anwartschaftserwerber. Dieser ist grundsätzlich während des Bestehens der Anwartschaft dem Vorbehaltseigentümer gegenüber zum Besitz (mittelbar oder unmittelbar) berechtigt²⁹²⁾. Deshalb ist es für den Verkäufer wichtig, auf vertraglichem Wege seine Beziehungen mit dem Anwartschaftserwerber geordnet zu haben. Er kann dies tun, indem er den Vorbehaltskäufer im Rahmen des Vorbehaltskaufvertrags verpflichtet, im Falle einer Anwartschaftsübertragung gleichlautende Vereinbarungen bezüglich Besitzrecht - Herausgabepflicht des Anwartschaftserwerbers zu seinen - des Vorbehaltsverkäufers - Gunsten zu treffen. Seine Rechtsposition könnte dann durch eine Anwartschaftsübertragung nicht beeinträchtigt werden. Es würden so aber auch für den Erwerber die Beziehungen zum Vorbehaltseigentümer transparenter. Der Sicherungsnahmer wüßte dann genau, wie sich seine Rechte zu denen des Verkäufers verhalten, und wäre nicht einer überraschenden Herausgabeklage des Vorbehaltseigentümers ausgesetzt, die im Falle ihrer Begründetheit die Sicherheit seiner Forderungen gegen den Schuldner (Vorbehaltskäufer) gefährdet.

- a) Grundsätzlich entfalten Schuldverhältnisse Rechtswirkungen nur unter den Vertragsparteien; nur diese werden berechtigt oder verpflichtet. Das Gesetz läßt aber in §328 I auch zu, daß ein Dritter, der an dem Vertragsschluß nicht selbst beteiligt ist, unmittelbar das Recht erwirbt, eine Leistung vom

292. S.o.S. 35 ff.

Schuldner zu verlangen (sog. echter oder berechtigender Vertrag zugunsten eines Dritten): Die Vertragsparteien machen zum Inhalt des Schuldverhältnisses, daß der Schuldner als Versprechender sich gegenüber dem Gläubiger als Versprechensempfänger verpflichtet, an einen vom Gläubiger verschiedenen Dritten zu leisten²⁹³⁾. Es kann so nach dem Gesetz ein Schuldverhältnis zwischen Versprechendem und Dritten durch einen Vertrag begründet werden, an dessen Abschluß letzterer in keiner Weise beteiligt ist. Der Rechtserwerb des Dritten gründet sich dabei allein auf den zwischen Schuldner und Gläubiger abgeschlossenen Vertrag, aus dem sich auch Inhalt und Ausmaß der Berechtigung des Dritten ergibt. Dieses zwischen Schuldner und Versprechensempfänger bestehende Rechtsverhältnis bezeichnet man als Grund- oder Deckungsverhältnis, weil aus ihm der Schuldner i.d.R. die Deckung, den Gegenwert für seine Leistung erhält. Das zwischen Versprechensempfänger und Dritten bestehende Rechtsverhältnis heißt Zuwendungs- oder Valutaverhältnis, da sich aus ihm der Grund für die Zuwendung des Rechts an den Dritten ergibt²⁹⁴⁾.

Über §328 I - berechtigender Vertrag zugunsten eines Dritten - haben Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer die Möglichkeit, dem Vorbehaltsverkäufer einen

293. Anders der nur ermächtigende oder unechte Vertrag zugunsten eines Dritten. Hier wird der Schuldner von seinem Gläubiger ermächtigt, seiner Leistungspflicht dadurch nachzukommen, daß er an einen im Vertrag benannten Dritten leistet. Es besteht ein Verpflichtungsverhältnis nur zwischen Leistendem und seinem Vertragspartner, nicht aber zwischen Leistendem und Dritten.

294. Beispiel: B verpflichtet sich dem A gegenüber, an den am Vorgang nicht beteiligten D zu leisten. B wird so dem D gegenüber zur Leistung verpflichtet; D erwirbt ein eigenes Forderungsrecht, nicht nur ein solches als Rechtsnachfolger des A.

Leistungsanspruch zuzuwenden. Der Sicherungsnehmer verspricht dem Vorbehaltskäufer, die Vorbehaltsware dem Verkäufer unter bestimmten, von den Vertragsparteien näher zu bezeichnenden Voraussetzungen, etwa bei Zahlungsverzug des Käufers, unsachgemäßer Behandlung etc., herauszugeben. Dieser erhält so einen selbständigen, vertraglichen Herausgabeanspruch gegen den Sicherungsnehmer. Der Verpflichtung des Sicherungsnehmers entspricht auf der "Gläubigerseite" eine Berechtigung des Verkäufers.

Die Zuwendung eines isolierten Leistungsanspruchs an den Verkäufer auf dem Wege des § 328 I scheint jedoch nicht ohne weiteres dem Willen der Vertragsparteien zu entsprechen. Der Verkäufer soll nicht "irgendeinen" Herausgabeanspruch erhalten, sondern soll seine Rechte bezüglich der unter Eigentumsvorbehalt stehenden Gegenstände gegenüber dem Anwartschaftserwerber in gleichem Umfang geltend machen können, wie er es zuvor gegenüber dem Vorbehaltskäufer konnte und nicht seine vertraglich ausbedungenen Rechte durch einen Wechsel der Person des Anwartschaftsberechtigten verlieren. Deshalb verpflichtet er den Vorbehaltskäufer, seine schuldrechtlichen Ansprüche gegen den Anwartschaftserwerber zu "verlängern". Dazu muß dieser in bestimmte Pflichten des Vorbehaltskäufers bezüglich der Vorbehaltsware eintreten, ohne daß der Käufer hierdurch befreit werden soll, denn er bleibt ja (zunächst) weiterhin unmittelbarer Besitzer.

Aus diesem Grunde ist weder eine Vertrags- noch eine Schuldübernahme das geeignete Rechtsinstitut. In beiden Fällen würde die Verpflichtung des Vorbehaltskäufers erlöschen und an seine Stelle der Sicherungsnehmer treten. Da der Verkäufer einen eigenen Anspruch gegen den Sicherungsnehmer erhalten soll, kommt auch eine Erfüllungsübernahme (§ 329) nicht in Betracht. Sie würde nur eine obligatorische Ver-

pflichtung des Übernehmers gegenüber dem Schuldner erzeugen, ohne daß der Gläubiger ein eigenes Forderungsrecht erhielte.

Bei der bestärkenden (kumulativen) Schuldübernahme, auch Schuldmitübernahme oder Schuldbeitritt genannt, bleibt die Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners bestehen, der Gläubiger erhält dazu noch einen weiteren Verpflichteten, der neben den Urschuldner tritt. Die Schuldmitübernahme ist zwar im Gesetz nicht geregelt, ihre Zulässigkeit ist aber von Rspr. und Schrifttum seit langem anerkannt²⁹⁵⁾. Das Gesetz selbst ordnet sie an mehreren Stellen bei der Übernahme von Vermögenswerten oder bei sonstigem Eintritt eines Dritten in bestehende Rechte an, vgl. §§419, 556 III, 1088, 2328, 2385; 25, 18, 130 HGB; 53 ZVG; 28 VerlG. Sie ist zu Schuldverpflichtungen jeder Art zulässig und kann auch in Bezug auf eine erst künftige Verpflichtung wirksam vereinbart werden, vorausgesetzt, daß diese genügend bestimmt bezeichnet ist²⁹⁶⁾.

Die Schuldmitübernahme kann sowohl durch Vertrag zwischen dem beitretenden Dritten und dem Gläubiger, als auch durch Vertrag zwischen Drittem und ursprünglichem Schuldner erfolgen. Im letzteren Falle ist eine Mitwirkung des Gläubigers nicht erforderlich, da über seine Forderung nicht verfügt wird²⁹⁷⁾. Erfolgt sie durch Vertrag zwischen dem

295. Vgl. z.B. Erman-Westermann, BGB, vor §414 Anm.6; Larenz, SchR I, §31 II; RGRK-Löschner, BGB, vor §414 Anm.11 m.w.N.; Palandt-Heinrichs, BGB, vor §414 Anm. 2a.

296. BGH WM 1959, 16, 22; RG Warn. Rspr. 1910 Nr.428 u. HRR 1936,790.

297. Ennecc.-Lehmann, SchR, §84 IV m.w.N.; Erman - Westermann, BGB, vor §414 Anm. 3 m.w.N.; der Gefahr, daß eine neue Aufrechnungsmöglichkeit gegen ihn entsteht, kann der Gläubiger dadurch begegnen, daß er sein Rückweisungsrecht (§333) ausübt. Damit ist er genügend geschützt, Ennecc.-Lehmann, SchR, §84 IV 1a An., 2, vgl. auch RG HRR 1932,1559.

Beitretenden und dem Urschuldner, so liegt darin ein Vertrag zugunsten eines Dritten - des Gläubigers - im weiteren Sinn²⁹⁸). Bei §328 I (echter Vertrag zugunsten eines Dritten) wird durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner ein Leistungsanspruch aus diesem Verhältnis einem Dritten zugewendet. Auch beim Schuldbeitritt erhält der Gläubiger dadurch, daß ein Dritter neben dem bisherigen Schuldner in dessen Pflichten eintritt, einen Leistungsanspruch gegen den Beitretenden. Die §§328 ff sind daher grundsätzlich entsprechend anzuwenden²⁹⁹). Ein solcher Vertrag weist jedoch gegenüber dem in §§328 ff geregelten berechtigenden Vertrag zugunsten eines Dritten Besonderheiten auf. Diese bestehen einmal darin, daß sich die Verpflichtung des Beitretenden inhaltlich nach der bestehenden Schuld des Urschuldners richten soll; damit ist das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger (Drittem) und Übernehmer (Versprechendem) mit dem Valutaverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner identisch. Beitretender und Urschuldner sind zur Befriedigung des selben Leistungsinteresses verpflichtet, der Gläubiger soll aber die Leistung nur einmal bekommen, die Leistung des einen Verpflichteten soll also auch dem anderen zugute kommen. Beitretender und Urschuldner sind daher Gesamtschuldner³⁰⁰).

298. Larenz, SchR. I, §35 II; RGRK-Löscher, BGB, vor §414 Anm. 15; Soergel-Schmidt, BGB, vor §414 Anm. 6; OLG Celle, NJW 1960, 201 m.w.N.

299. Vgl. die in Fußn. 298 genannten; Oertmann, §415 Anm. 1.

300. RGZ 135, 108; Ennecc.-Lehmann, SchR, §84 IV e; Palandt-Heinrichs, BGB, vor §414 Anm. 2 a; RGRK-Löscher, BGB, vor §414 Anm. 12; Soergel-Schmidt, BGB, vor §414 Anm. 6; vgl. auch §427, der aber nur die gleichzeitige Verpflichtung mehrerer Schuldner im Auge hat. A.A.: Blemeyer, SchR, §44 I 2.

Der Beitretende ist auch nicht wie beim Vertrag zugunsten Dritter auf die Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis zwischen ihm und dem Urschuldner beschränkt (§334)³⁰¹⁾, sondern kann dem Gläubiger auch Einwendungen entgegensetzen, die im Verhältnis des Urschuldners zum Gläubiger zur Zeit des Beitritts begründet sind (§417 I)³⁰²⁾.

- b) Vermag nun eine solche Vereinbarung ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer zu erzeugen?

Durch einen (partiellen) Schuldbeitritt des Sicherungsnehmers in bestimmte, dem Vorbehaltskäufer gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer obliegende Pflichten erhält letzterer einen vertraglichen Herausgabeanspruch gegen den Anwartschaftserwerber, demzufolge er von einem künftigen Zeitpunkt ab (Zahlungsverzug des Käufers, unsachgemäße Behandlung etc.) - eben aufgrund des zwischen ihm und dem Anwartschaftserwerber infolge des Schuldbeitritts entstandenen Rechtsverhältnisses - berechtigt ist, die Sache an sich zu ziehen. Daß dieser Anspruch gegen einen mittelbaren Besitzer gerichtet ist, schadet nicht. Nach dem Gesetz ist auch der nur mittelbare Besitzende Besitzer (§878) und kann demnach auf Herausgabe in Anspruch genommen wer-

301. Für die Anwendung des §334 die h.M.: so BGH NJW 1959, 291 m.w.N.; OLG Celle NJW 1960, 201 m.w.N.; Heck, §71 Anm. 6; RGRK-Löschner, BGB, vor §414 Anm. 15 m.w.N.; Soergel-Schmidt, BGB, vor §414 Anm. 6. A.A.: Ennecc.-Lehmann, SchR, §84 IV 2 e; Larenz, SchR I, §35 II, der sich für eine beschränkte Anwendung des §417 II ausspricht.

302. Larenz, SchR I, §35 II.

den³⁰³⁾. Außerdem ist bei dem Rechtsverhältnis, das bei einem Besitzgebäude i.S. des §871 zwischen den beiden Oberbesitzern besteht, der Herausgabeanspruch des höchststufigen Besitzers gegenüber dem Besitzer der nächstfolgenden Stufe naturgemäß ein solcher gegen einen mittelbar Besitzenden. Seinem Inhalt nach geht der Anspruch auf Herausgabe des mittelbaren Besitzes, d.h. technisch auf Abtretung des den Besitz vermittelnden Herausgabeanspruchs oder direkt auf körperliche Übergabe³⁰⁴⁾. Unschädlich ist auch, daß der Anspruch nicht sogleich, sondern erst unter bestimmten Voraussetzungen (Zahlungsverzug des Käufers etc.) entstehen soll und damit von der Verletzung von Pflichten aus einem Schuldverhältnis abhängt³⁰⁵⁾.

Um ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer bejahen zu können, muß dem Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers ein zeitlich beschränktes Besitzrecht des Sicherungsnehmers entsprechen. Wie aber kann durch den Schuldbeitritt des Sicherungsnehmers, der einen Vertrag zugunsten eines Dritten i. w. S. darstellt, ein solches Besitzrecht entstehen, wo doch dem geltenden Recht Verträge zu Lasten Dritter unbekannt sind³⁰⁶⁾? Einer Berechtigung des Sicherungsnehmers muß ja auf der Gegenseite eine Pflicht des Verkäufers entsprechen.

303. Daß über §985 auch von einem mittelbaren Besitzer Herausgabe verlangt werden kann, wird heute nicht mehr ernsthaft bestritten, vgl. Wolff-Raiser, SR, §84 II Anm. 4.

304. Erman-Hefermehl, BGB, §985 Anm. 5; RGRK-Johannsen, BGB, §985 Anm. 15; Staud.-Berg, BGB, §985 Anm. 12; Wolff-Raiser, SR, §84 III 2; BGHZ 2, 164; 12, 397.

305. S.o.S. 62.

306. RG JW 1932, 809; BGH JZ 1965, 361; Palandt-Heinrichs, BGB, vor §328 Anm. 5a; über den Streitstand vgl. auch Larenz, SchR I, §17 IV mit Nachw.

Eine unmittelbare Verpflichtung des Vorbehaltsverkäufers läßt sich auch durch den Schuldbeitritt nicht begründen. Der Sicherungsnehmer kann aber über §417 I³⁰⁷⁾ Einreden aus dem Valutaverhältnis, also aus dem Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger (Vorbehaltsverkäufer) und ursprünglichem Schuldner (Vorbehaltskäufer), dem Vorbehaltsverkäufer gegenüber geltend machen. Da letzterer vom Käufer die Herausgabe nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen (Verzug etc.) verlangen darf, kann der Sicherungsnehmer einer ohne das Vorliegen dieser Voraussetzungen erhobenen Herausgabeklage jedenfalls das obligatorische Besitzrecht des Vorbehaltskäufers der rei venditae et traditae entgegenhalten³⁰⁸⁾; er ist somit auch dem Vorbehaltsverkäufer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt. Sein Besitzrecht erscheint, dem Erfordernis des §868 entsprechend, über §417 I inhaltlich kausal beschränkt.

Damit wäre durch den partiellen Schuldbeitritt des Sicherungsnehmers ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Vorbehaltsverkäufer begründet.

Dieses Verhältnis wurde durch einen Vertrag zugunsten eines Dritten i.w.S. geschaffen. Stehen deshalb einem sich darauf aufbauenden Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer die Bedenken entgegen, die von der Rspr. und

307. S.o.S. 111, Fußn. 302.

308. Wenn man den Anwartschaftserwerber nicht schon aufgrund seiner Anwartschaft dem Vorbehalts-eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ansieht, s.o.S. 37, Fußn. 111.

einem Teil der Lit. gegen Verträge ³⁰⁹⁾ zugunsten Dritter im Sachenrecht erhoben werden³¹⁰⁾?

Diese Problematik stellt sich freilich nur für den, der neben der Begründung eines zur Besitzmittlung geeigneten Rechtsverhältnisses - ein solches läßt sich, soweit es obligatorischen Charakter trägt, ohne weiteres durch einen Vertrag zugunsten eines Dritten begründen - für das Entstehen mittelbaren Besitzes noch eine zusätzliche sachenrechtliche Einigung fordert. Diese A. wird in der Lit. von Bruns³¹¹⁾ und Kluckhohn³¹²⁾ vertreten.

309. Das BGB verwendet im Sachenrecht - im Gegensatz zum 1. Entwurf - nicht den Begriff Vertrag, sondern spricht stets von "Einigung". Damit soll aber nicht die Vertragsnatur der Einigung geleugnet werden. Man wählte vielmehr einen neutralen Ausdruck, um die rechtliche Natur der Einigung nicht im Gesetz zu definieren, wollte dies vielmehr der Wissenschaft überlassen.

310. Es ist in der Lit. äußerst bestritten, ob §328 I auch auf sachenrechtliche Verträge Anwendung finden kann. Die Meinungen reichen von einer allgemeinen Bejahung (Baur, SR, §5 II 2; Biermann, BGB III, Vorbem. 5 ; Heck, SR, §10 7; Erman-Westermann, BGB, §328 Anm. 1; Larenz, SchR I, §17 IV; Rosenberg, DJZ, 1912,542; Westermann, SR, §3 II 4; v. Bülow, DNotZ 58,51; Oertmann, vor §328 Anm.5c) über eine beschränkte Zulassung (Esser, SchR, 1. Hbd., §53 III; Ennecc.-Lehmann, SchR, §35 VI; Wolff-Raiser, SR, §38 II 3) - nämlich dann, wenn das dingliche Recht auf Leistung aus einem Grundstück gerichtet ist, so bei der Hypothek, Grundschuld oder Reallast, bzw. auf Übereignung eines Grundstücks gerichtet ist, so das dingliche Vorkaufsrecht - bis zur völligen Verneinung (Hellwig, S.53; Kress, S.630; Palandt-Heinrichs, BGB, Einf. vor §328 Anm.5c; RGRK-Wilde, BGB, §328 Anm. 3; Staud.-Seufert, BGB, Einl. SR Anm. 5; v.Tuhr II, 227; RGZ 66,99; 98,279; 124,221; 127,126 ff; 148,257 ff; RG JW 1931,525; BGH LM §1115 Nr. 1

311. Bruns, S.164 ff; 125 ff.

312. Kluckhohn, S. 177 ff.

Während nach der M. von Bruns³¹³⁾ eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, daß die Parteien bei der Schaffung des Rechtsverhältnisses einen entsprechenden Einigungswillen gehabt haben, mißt Kluckhohn³¹⁴⁾ dieser dinglichen Einigung keine selbständige Bedeutung zu. Sie sei nur eine vom Gesetz fingierte Voraussetzung für die besitzrechtliche Wirkung des zugrundeliegenden obligatorischen Vertrags und diene nur der Erklärung der besitzrechtlichen Verschiebungen. Die praktisch erheblichen Folgen der fingierten Einigung sollen allein darin liegen, daß sie die Begründung mittelbaren Besitzes durch Vertrag zugunsten eines Dritten ermögliche, die ohne der Annahme einer Einigung zugunsten eines Dritten nicht denkbar sei.

Sicherlich ist diesen Autoren zuzugeben, daß die schuldrechtliche Seite - ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis - scharf von der sachenrechtlichen Seite - nämlich das Entstehen mittelbaren Besitzes - zu trennen ist. Das obligatorische Rechtsverhältnis allein entfaltet keine besitzrechtliche Wirkung. Zwar hat das Gesetz eine rechtliche Kategorie, eine gewisse Art von Schuldverhältnissen, zu einem wesentlichen Tatbestandsmerkmal erhoben; dazu muß aber wegen der tatsächlichen Natur des mittelbaren Besitzes als "vergeistigte" Sachherrschaft noch etwas Tatsächliches hinzutreten, nämlich ein Besitzmittlungswille beim un mittelbaren und ein Besitzbegründungswille beim mittelbaren Besitzer³¹⁵⁾. Es geht aber nicht an,

313. Bruns, aaO. Die Einigung ist nach ihm in den Obligationsbeziehungen objektiviert.

314. Kluckhohn, aaO.

315. Während in §854 II die Einigung als Tatbestandselement ausdrücklich hervorgehoben ist, genügt für die Begründung mittelbaren Besitzes, daß der Mittler die Sache "als Nießbraucher" etc. besitzt, vgl. auch oben S.63, Fußn. 181.

die Schwierigkeiten, die aus der Verbindung des rein Tatsächlichen mit dem Rechtlichen im Tatbestand des § 868 erwachsen, dadurch beseitigen zu wollen, daß das tatsächliche Element - Besitzmittlungs- bzw. Besitzbegründungswille - in eine rechtliche Kategorie, nämlich in eine sachenrechtliche Einigung verkehrt wird³¹⁶⁾. Die von Bruns für seine Ansicht zitierten Gerichtsentscheidungen lassen sich auch nicht in diesem Sinne verwerten³¹⁷⁾.

Kluckhohn³¹⁸⁾, der sich für eine gesetzlich fingierte Einigung bei § 868 ausspricht, wird berechtigterweise der Vorwurf gemacht, er bewege sich in einem fehlerhaften Zirkel: Damit die Verfügung zugunsten eines Dritten herauskommt - der Autor will die generelle Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten Dritter im Sachenrecht bejahen - konstruiert bzw. fingiert er eine Einigung im Tatbestand des § 868, die zugestandenermaßen keine Bedeutung hat, außer der, daß nur durch eine solche Besitz zugunsten eines Dritten begründet werden könne³¹⁹⁾.

Der Sicherungsnehmer kann also durch einen partiellen Schuldbeitritt ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Vorbehaltsverkäufer begründen. Daß dieses Rechtsverhältnis durch einen Vertrag zugunsten eines Dritten i.w.S. geschaffen wird, steht einem sich darauf aufbauen den mittelbaren Besitz nicht entgegen. Zu Recht erachtet daher weit überwiegende Meinung die Be-

316. Bruns, S. 128: sei der besitzvermittelnde Vertrag einmal geschlossen, so könne seine Zweckbestimmung nicht mehr einseitig vom Mittler beseitigt werden, etwa durch bloße Erklärung, er erkenne den Oberbesitz nicht mehr an.

317. Hierzu ausführlich Kluckhohn, S. 178 ff.

318. Kluckhohn, aaO.

319. Kisch, KrVJschr. 54, S. 127; Rosenberg, § 868 Anm. V 1.

gründung mittelbaren Besitzes durch Vertrag zugunsten eines Dritten jedenfalls dann für zulässig, wenn diesem ein obligatorisches Rechtsverhältnis zugrundeliege³²⁰⁾.

- c) In aller Regel wird es an einem vertraglich vereinbarten Schuldbeitritt des Sicherungsnehmers fehlen. Es stellt sich dann die Frage, ob nicht die Auslegung der Vertragsbeziehungen zwischen Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer es zuläßt, eine solche Verpflichtung des Sicherungsnehmers als "stillschweigend" begründet anzusehen³²¹⁾.

320. Biermann, SR, §868 Anm.2a; Bruns, S.125; Erman-Westermann, BGB, §868 Anm.11; Hellmann, KritVJSchr. 50,104 ff (113); Hellwig, S.344 ff; Kluckhohn, S.178; Palandt-Degenhart, BGB, §868 Anm.3a; Planck-Brodmann, BGB, §868, Anm.2b, 5. Abs.; Rosenberg, Anm. 2 zu RG JW 1932,3182; v. Tuhr, AT II 1, S.227; RG JW 1932,3182; JW 1938,1394; RGZ 135,272; KG OLG 15,12.
Die in der ält. Lit. z.T. vertretene M. (Kress, S.240,241; Wolff, JJahrb.54,188), der mittelbare Besitz könne gem. §868 nicht auf solch "originäre" Art erworben werden, sondern nur aus dem Verkehrsbesitz abgeleitet, nämlich bei dessen Übergabe zurückbehalten werden (anders nur bei Stellvertretung oder in den Fällen, in denen das Gesetz den Erwerb des Eigentums oder den Erwerb von zum Verkehrsbesitz berechtigenden dinglichen Rechten durch dritte Personen zulasse) beruht auf der bereits oben S.64, Fußn.184 abgelehnten A., die ein Wesensmerkmal mittelbaren Besitzes nicht in der Ableitung des Besitzrechts, sondern in der Ableitung des Besitzes vom mittelbaren Besitzer sieht.

321. Mittelbarer Besitz kann sich auch auf ein Rechtsverhältnis stützen, das stillschweigend begründet wurde, vgl. RGRK-Kregel, BGB, §868 Anm. 3; Soergel-Mühl, BGB, §868 Anm. 9 m.w.N.; Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm. 11 m.w.N.

Das Gesetz hat in §133 eine Vorschrift über die Auslegung von Willenserklärungen - "Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften" - und eine weitere, nämlich den §157, über die Auslegung von Verträgen - "Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

Beide stimmen insoweit überein, als sie eine Wortauslegung verbieten; sie weisen aber den Auslegenden hinsichtlich der Ergänzung des Wortsinnes in eine verschiedene Richtung, der §133 auf eine subjektive, der §157 auf eine mehr objektive Auslegung³²²⁾. Rspr. und Schrifttum haben jedoch den Geltungsbereich des §157 über seinen Wortlaut hinaus erweitert, so daß er nicht nur für die Auslegung des Vertrags als eines Sinnganzen, sondern auch für die Auslegung der Erklärung jedes Vertragspartners Anwendung findet³²³⁾.

Die Auslegung der einzelnen Vertragserklärungen von Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer nach §133 kann hier nicht zum gewünschten Ziel führen; so wäre vorzugehen, wenn zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten über den Vertragsinhalt bestünden. Für diesen Fall ergibt dann die Auslegung von Angebot und Annahme, ob diese inhaltlich übereinstimmen, der Vertrag also zustande gekommen ist oder ein Dissens vorliegt³²⁴⁾. Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer sind sich aber über den Inhalt

322. Staud.-Coing, BGB, §133 Anm. 18.

323. Erman-Hefermehl, BGB, §157 Anm. 2 m.w.N.; Larenz, AT, §19 II a m.w.N.

324. Vgl. Larenz, AT, §29 I.

der Sicherungsabrede keineswegs uneins. Der Sicherungsnehmer hatte nicht den Willen geäußert oder einen solchen auch nur innerlich gehabt, sich obligatorisch gegenüber dem Verkäufer zu verpflichten, der Vorbehaltskäufer hat die Erklärung auch nicht in einem solchen Sinne verstanden; ihre Erklärungen decken sich.

§157 hat nun - anders als §133 - nicht mehr allein die Sinndeutung der einzelnen Vertragserklärungen, sondern die Auslegung des als selbständige Rechtsquelle zu denkenden Vertrags zum Gegenstand. Sein Inhalt ist nach "Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" zu bestimmen. Das erfordert, daß jeder Vertragspartner den Vertrag so gegen sich gelten läßt, wie er nach seinem Grundgedanken und seinem Zweck unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs, von redlich denkenden Vertragspartnern verstanden werden muß³²⁵⁾. Die Auslegung darf also nicht bei dem einfachen Wortsinne der Erklärungen stehenbleiben, sondern verpflichtet den Auslegenden vielmehr, unter Umständen über den Wortlaut hinauszugehen. In diesem Sinne ist §157 vor allem die Grundlage der ergänzenden Vertragsauslegung³²⁶⁾. Freilich ist auch hier der vorhandene Vertrag Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung. Nur in seinem Rahmen, also soweit Lücken vorhanden sind, greift sie ein³²⁷⁾. Sie sucht aus den vorhandenen Parteierklärungen, dem Zweck der Vertragspartner und deren erkennbaren Bewertungsgrundlagen zu ermitteln, welche Bestimmung die Parteien getroffen haben würden, wenn sie über einen

325. Larenz, AT, §29 I.

326. Staud.-Coing, BGB, §133 Anm. 10.

327. Palandt-Heinrichs, BGB §157 Anm. 2a.

zur Regelung ihrer rechtsgeschäftlichen Beziehungen erheblichen Punkt, den sie aber bei Vertragsschluß nicht erkannt haben, eine vertragliche Vereinbarung getroffen hätten. Die ergänzende Vertragsauslegung ist somit auf einen mutmaßlichen, hypothetischen Willen gerichtet³²⁸⁾. Sie ist aber nur zulässig, soweit wirklich eine Lücke vorliegt, und darf nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes selbst führen³²⁹⁾; sie findet ihre Grenze also immer dort, wo die gesuchte Antwort nicht mehr aus dem Zweck und dem Sinnzusammenhang der vertraglichen Regelung entnommen werden kann³³⁰⁾.

Den Parteien der Sicherungsübertragung ging es darum, wirksam das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers auf den Sicherungsnehmer zu übertragen, um diesem Sicherheit für seine Forderungen zu verschaffen. Da aber diese Übertragung allein zwischen Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer erfolgt und auch ohne einen Schuldbeitritt des Anwartschaftserwerbers in bestimmte, dem Vorbehaltskäufer gegenüber seinem -verkäufer obliegenden Pflichten zulässig ist, läßt sich die Übernahme einer solchen Verpflichtung durch den Sicherungsnehmer nicht aus dem Vertragszweck folgern. Von der Schließung einer Vertragslücke im Wege der Vertragsauslegung kann daher nicht die Rede sein.

Nur dort also, wo die Vertragsparteien ausdrücklich einen partiellen Schuldbeitritt vereinbart haben, bzw. wo der Vertragstext selbst irgendeinen Hinweis für den Willen zur Übernahme einer solchen

328. Staud.-Coing, BGB, §133 Anm.

329. RGZ 87,211 (213 ff); 136,266 (271); BGHZ 9,273; 40,103.

330. Larenz, AT, §29 I

Verpflichtung gibt³³¹⁾, kann auf vertraglichem Wege durch Vereinbarung zwischen den Parteien der Sicherungsübereignung ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer entstanden sein. Im Regelfall dagegen vermag diese Figur nicht über die konstruktiven Schwierigkeiten hinwegzuhelfen, die wegen des scheinbaren Fehlens eines zur Besitzmittlung geeigneten Rechtsverhältnisses zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer für die Annahme mehrfach gestuften mittelbaren Besitzes bei der sicherungshalben Übertragung der Eigentumsanwartschaft bestehen.

2. durch das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen dem Vorbehaltseigentümer und dem Inhaber der dinglichen Eigentumsanwartschaft

Reicht die Sicherungsabrede allein nicht aus, um im Wege der Vertragsauslegung einen partiellen Schuldbeitritt des Sicherungsnehmers in bestimmte Pflichten des Vorbehaltskäufers gegenüber seinem Verkäufer annehmen zu können, braucht dies nicht dazu führen, ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis zwischen Anwartschaftserwerber und Vorbehaltsverkäufer zu verneinen. Einem Besitzkonstitut muß kein Vertragsverhältnis zugrunde liegen. Ein den in §868 aufgezählten Beispielen

331. Zu denken wäre an einen Passus in der Sicherungsabrede wie: "Rechte des Vorbehaltsverkäufers werden durch die Anwartschaftsübertragung nicht beeinträchtigt" oder ähnliches.

ähnliches Verhältnis kann kraft Gesetz ebenso entstanden sein wie durch Rechtsgeschäft, kann schuldrechtlicher oder dinglicher Natur sein³³²⁾; nur muß es sich um ein konkret bestimmtes Rechtsverhältnis handeln, aus dem sich für den Besitzmittler ein zeitlich beschränktes Besitzrecht oder eine solche Verwaltungspflicht, für den Oberbesitzer zur gegebenen Zeit ein Herausgabeanspruch ergibt.

Es bleibt daher zu untersuchen, ob zwischen Vorbehaltsverkäufer als dem Eigentümer und dem Sicherungsnehmer als dem Anwartschaftsberechtigten nicht ein gesetzliches oder doch einem solchen ähnliches Rechtsverhältnis besteht, das dem gesuchten Besitzmittlungsverhältnis zugrunde liegen könnte. Dabei wird man zweckmäßigerweise entsprechend dem Meinungsstreit über die Rechtsnatur der Eigentumsanwartschaft unterscheiden zwischen einem - möglicherweise bestehenden - Rechtsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und dinglich Anwartschaftsberechtigtem und einem solchen zwischen Vorbehaltsverkäufer und obligatorisch Anwartschaftsberechtigtem; denn das gesuchte Rechtsverhältnis wird vielleicht in seinem Inhalt Unterschiede aufweisen, je nachdem, welche Natur man der Eigentumsanwartschaft zuerkennt.

a) Das dritte Buch des BGB normiert die rechtliche Beherrschung der Sachen oder diesen gleichgestellten

332. Planck-Brodmann, BGB, § 868 Anm. 2b m.w.N.;
RGZ 59,201.

Gegenstände. Die Rechtsstellung, die einer konkreten Person an einer konkreten Sache zusteht, nennt es Recht an einer Sache, im allgemeinen Sprachgebrauch von Rspr. und Schrifttum auch kurz als dingliches Recht bezeichnet³³³⁾.

Das Sachenrecht als eine Regelung der Beziehungen eines Rechtssubjekts zu einem Rechtsobjekt steht damit im Gegensatz zum Schuldrecht, das die Beziehung zweier Rechtssubjekte zum Gegenstand hat. Während das obligatorische Recht Befugnisse nur gegen eine bestimmte Person, den Schuldner, gewährt, ist das dingliche Recht durch seine Absolutheit gekennzeichnet. Jeder kann auf die Sache einwirken, also muß das Gesetz dem Berechtigten - anders als dem Gläubiger eines schuldrechtlichen Anspruchs, dem nur ein Verpflichteter gegenüber steht, der das Rechtsverhältnis verletzen kann - auch gegen jeden, der das dingliche Recht beeinträchtigt, Schutz nach Maßgabe des Inhalts des jeweiligen Rechts gewähren³³⁴⁾. Diese Befugnis, die das dingliche Recht gibt, ist kein Anspruch, da er die Beziehung zu einem bestimmten Gegner fehlt³³⁵⁾: Nach der Legaldefinition des §194 I gibt der Anspruch das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, ist also gekennzeichnet durch seine Zielrichtung auf eine bestimmte Person. Zwar ist auch jedem Dritten die Einmischung in das Herrschaftsgebiet eines anderen verboten, aus diesem Störungsverbot entstehen aber nicht ohne weiteres Ansprüche i.S. des BGB. Von einem Dritten, der gar nicht daran denkt, mein Eigentum zu verletzen, kann man zwar sagen, daß ihm der Eingriff in meine Rechtssphäre verboten ist, nicht aber, daß ich etwas von

333. Staud.-Seufert, BGB, Einl. SR Anm. 1.

334. Planck-Strecker, BGB, Vorbem. SR II 4.

335. Ennecc-Nipp., 2. Hbd., §222 II 1.

ihm verlangen kann³³⁶⁾. Zwischen diesem Dritten und dem Eigentümer besteht zunächst keinerlei rechtliche Beziehung.

Diese scharfe Trennung von Schuld- und Sachenrecht verschwimmt allerdings bei genauerer Betrachtung. Aus der Beziehung des dinglich Berechtigten zur Sache (auch innere Seite des dinglichen Rechts genannt) können Beziehungen zu anderen Personen erwachsen³³⁷⁾ (sogenannte äußere Seite des dinglichen Rechts). Schuld- und Sachenrecht überschneiden sich.

Wird das Eigentum oder ein anderes dingliches Recht beeinträchtigt, gibt das Gesetz dem Berechtigten das Recht, von dem Verletzer die Herstellung eines dem Recht entsprechenden Zustandes bzw. das Unterlassen weiterer Störung zu verlangen; so hat z.B. der Eigentümer den Herausgabeanspruch aus § 985 oder den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch des § 1004. Für die beschränkten dinglichen Rechte vgl. die §§ 1027 (Grunddienstbarkeit), 1065 (Nießbrauch), 1227 (Pfandrecht). Dieses Recht ist dann gegen eine konkrete Person gerichtet, ist ein Anspruch (§ 194 I), den das BGB wie das Recht, dem es entspricht, als dinglich (§ 221) bezeichnet. Er entsteht immer kraft Gesetzes und setzt das Bestehen eines dinglichen Rechts voraus, ist insoweit eine sachenrechtliche Erscheinung, obwohl er wie eine Forderung auf ein Tun oder Unterlassen gerichtet ist, also relativen Charakter trägt³³⁸⁾.

336. V. Tuhr, AT, 1. Hbd., § 15 I, 2.

337. Baur, SR, § 2 I a; Ennec-Nipp., AT, 2. Hbd., § 222 II; Staud.-Seufert, BGB, Einl. SR, Anm. 2; Wolff-Raiser, SR, § 2 I; v. Tuhr, AT, 1. Hbd., § 15 III; vgl. auch Westermann, SR, § 2 III 2.

338. Baur, SR, § 2 I a; § 5 II 2; Staud.-Seufert, BGB, Einl. SR, Anm. 2 d; Westermann, SR, § 2 III 2.

Zwischen dinglichem Recht und dem ihm entspringenden dinglichen Anspruch besteht ein ähnliches Verhältnis wie zwischen dem Schuldverhältnis i.w.S.³³⁹⁾ und der einzelnen Forderung.

Aus dem dinglichen Recht erwachsen aber auch dann Beziehungen zu anderen Personen, wenn in Ansehung derselben Sache dingliche Rechte mehrerer (mit verschiedenem Umfang) bestehen, etwa die Rechtsbeziehungen zwischen dem Träger des Vollrechts und dem Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts³⁴⁰⁾. Dann fällt dem Gesetz die Aufgabe zu, die Verhältnisse der mehreren Berechtigten untereinander zu regeln. Es gewährt hierzu eine Reihe von Hilfsansprüchen. Dieses sachenrechtliche Bezugsverhältnis ist als relativ wirkendes Rechts- Pflichtenverhältnis zwischen zwei Personen dem Schuldverhältnis ähnlich.

So hat der Nießbraucher einmal ein nach außen wirkendes sachenrechtliches Herrschaftsrecht über den belasteten Gegenstand, das insbesondere das Recht umfaßt, die Nutzungen unmittelbar und kraft eigenen Rechts zu ziehen (§ 1030 I) und, um diese

339. Nach dem Wortlaut des § 241 kann das Schuldverhältnis in einem doppelten Sinn verstanden werden, nämlich in einem weiteren Sinn als rechtliche Sonderverbindung zwischen zwei bestimmten Personen, aus der sich bestimmte Einzelansprüche einer oder beider Parteien ergeben können, aber auch andere Rechte (z.B. Kündigungs- oder Rücktrittsrechte) und in einem engeren Sinne, nämlich des einzelnen aus dieser Sonderverbindung erwachsenen schuldrechtlichen Anspruchs, des einzelnen Forderungsrechts, vgl. z.B. Enecc-Lehmann, SchR., § 1 III. Die h.L. betrachtet die Begriffe Anspruch und Forderung als identisch, vgl. Enecc.-Nipp., AT, 2. Hbd, § 222 II m.w.N.; a.A. insb. v. Tuhr, AT, 1. Hbd, § 15 S. 242: Der Anspruch sei nur Kern der Forderung; diese enthalte aber auch Nebenbefugnisse, z.B. Kündigung, Aufrechnung, Einrede.

340. Bauknecht, NJW 55,1254; Baur, SR, § 5 II 2; Staud.-Seufert, BGB, Einl. SR, Anm. 2 d; Westermann, SR, § 2 III 1,2; v.Tuhr, AT, 1.Hbd.,S.78;vgl. auch Raiser, S.84 ff.

Nutzung zu ermöglichen, das absolute, gegen jedermann wirkende Recht zum Besitz (§1036 I). Mit der Nießbrauchbestellung entsteht aber zugleich ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher³⁴¹⁾, aus dem sich Rechte und Pflichten des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer ergeben. Dieses Schuldverhältnis ist von dem der Nießbrauchbestellung zugrunde liegenden Kausalgeschäft zu unterscheiden. Während etwa beim gutgläubigen Erwerb eines Nießbrauchs (§§892,1032,930-36) letzteres zwischen Nießbrauchsbesteller und Nießbraucher besteht, entsteht das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher. Ihm zufolge ist der Nießbraucher verpflichtet, die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten, mit ihr nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren (§1036 II), hat die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten (§1041), sie auf seine Kosten zu versichern (§1045), für den Abgang von Grundstücksinventar Ersatz zu beschaffen (§1048 II) und die Sache nach Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zurückzugeben. Weitere Rechte des Eigentümers können sich aus den §§ 1051-1054 ergeben. Der Nießbraucher ist andererseits berechtigt, für bestimmte Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, Ersatz zu verlangen (1049) und Einrichtungen, mit denen er die Sache versehen hat, zu entfernen (§1049 II). Ein ähnliches gesetzliches Schuldverhältnis besteht zwischen dem Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsberechtigten und dem Grundstückseigentümer. Die Regelung der Rechte und Pflichten dieser dinglich Berechtigten ergibt sich - allerdings nur lückenhaft - aus den §§32 ff WEG, insb. §§33 II,III,34 I, 41 WEG. Daneben sind die Vorschriften über den

341. Beim Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen und beim Nießbrauch am Vermögen besteht es zwischen Besteller und Nießbraucher, §§1067,1085,1087,1088.

Nießbrauch anzuwenden, soweit das WEG keine Sonderregelung trifft und die Anwendung mit der Natur des Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrechts vereinbar ist³⁴²⁾.

Ein gesetzliches Rechts- Pflichten- Verhältnis besteht auch zwischen Grundstückseigentümer und dem Inhaber einer Grunddienstbarkeit, §1018 ff³⁴³⁾ bzw. zwischen Grundstückseigentümer und dinglich Erbbauberechtigten, §§1 ff ErbBRVO.

Ein ausführlich geregeltes gesetzliches Schuldverhältnis besteht zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder, der mit dem Eigentümer der Pfandsache nicht identisch zu sein braucht³⁴⁴⁾. Man hat deshalb in

342. Palandt-Degenhart, BGB, §31 WEG Anm. 4b; Soergel-Baur, §31 WEG Anm. 1 m.w.N.

343. Vgl. insb. §1020, der den Berechtigten zur schonenden Ausübung des Rechts im Interesse des Eigentümers verpflichtet und eine gesetzliche Unterhaltungspflicht des dinglich Berechtigten begründet.

344. Diese gesetzliche Regelung ist nicht ohne Kritik geblieben: Die Rechte, die dem Verpfänder zustehen, müßten auch dem Eigentümer gegeben werden (Heck, SR, §105 I 1; Westermann, SR, §129 I 2).

Diese A. widerspricht jedoch dem Gesetzeswortlaut und der Vorgeschichte der §§1204 ff - der E I §1156 ff sah - anders als das geltende Recht - ein besonderes gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger vor. Zudem ist der Eigentümer gegenüber dem Pfandgläubiger nicht schutzlos. Überschreitet letzterer die Grenzen seines Rechts zum Besitz, die durch sein schuldrechtliches Verhältnis zum Verpfänder bestimmt werden, so begeht er gegenüber dem Eigentümer eine objektive Eigentumsverletzung. Dem Eigentümer erwachsen dann Ansprüche aus §§989 ff, 823 ff, 812 ff; das Gesetz berücksichtigt seine Interessen nach Eintritt der Pfandreife in §§1233 II, 1234, 1237 S. 2, 1241, vgl. hierzu Staudinger-Berg, BGB, §1215 Anm. 1; Wolff-Raiser, SR, §159 I, II, III. Für die gesetzliche Regelung spricht auch, daß die Beziehung des Pfandgläubigers zum Verpfänder enger ist als zum Eigentümer der Pfandsache, den der Gläubiger oft gar nicht kennt; das mag es rechtfertigen, auch die Pflichten des Pfandgläubigers aus dieser Beziehung heraus zu entwickeln.

der Lit. versucht, dieses Rechts- Pflichten- Verhältnis nicht an das Pfandrecht selbst, sondern an einen nebenhergehenden obligatorischen Realvertrag zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger anzuknüpfen³⁴⁵⁾. Dabei wird jedoch übersehen, daß ein entsprechender Verpflichtungswille beim Verpfänder und beim Pfandgläubiger in aller Regel fehlt, ein solcher Vertrag also nur fiktiven Charakter hätte. Entscheidend gegen diese A. spricht weiter, daß die Rechte und Pflichten auch immer dann eintreten, wenn das Pfandrecht nicht kraft Vertrags, sondern kraft Gesetzes oder kraft Pfändung entstanden ist³⁴⁶⁾.

Die Regelung dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses findet sich im Wesentlichen in den §§1214-1226: Danach ist der Pfandgläubiger zur Verwahrung (§1215) und zur Rückgabe des Pfandes nach Erlöschen des Pfandrechts (§1223) verpflichtet, hat, sofern es sich um ein Nutzungspfand (§§1213,1214) handelt, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen und Rechenschaft abzulegen. Andererseits ist er berechtigt, Aufwendungsersatz nach dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag zu verlangen (§1216 S. 1) und Einrichtungen, mit denen er die Pfandsache versehen hat, wegzunehmen (§1216 S.2). §1230 gibt dem Pfandgläubiger ein Wahlrecht unter mehreren Pfändern beim Verkauf. Rechte des Verpfänders ergeben sich aus §§1211,1217 I, II, 1218 I und 1224.

Dieses Rechts- Pflichten - Verhältnis zwischen dem Inhaber eines beschränkt dinglichen Rechts und dem Eigentümer - beim Pfandrecht wegen der Besonderheit, daß hier die Verpfändung von nicht dem Verpfänder gehörenden Sachen zulässig ist, zwischen Pfandgläu-

345. Vgl. bei Wolff-Raiser, SR, §159 II 2.

346. Wolff-Raiser, aaO.

biger und Verpfänder - beeinflußt und begrenzt die Rechtsmacht, die das dingliche Recht seinem Inhaber gewährt. Deshalb sind diese Rechte und Pflichten, die das gesetzliche Schuldverhältnis gibt bzw. auferlegt, auch mit als zum Inhalt des jeweiligen dinglichen Rechts gehörend aufzufassen. Diese Zugehörigkeit ist allerdings von nur lockerer Art und führt keinesfalls zu einer Verdinglichung dieser rein schuldrechtlichen Rechte und Pflichten, sondern ist Folge der Komplexität dinglicher Rechte³⁴⁷⁾.

- b) Die Eigentumsanwartschaft wurde oben³⁴⁸⁾ als dingliches Recht gekennzeichnet. Sie gibt dem Berechtigten nicht nur ein unmittelbares Herrschaftsrecht über die Vorbehaltssache, sondern auch, um seine Rechtsstellung dritten Störern gegenüber behaupten zu können, die Eigentumsschutzansprüche (§985, 1004 Analog). Aus der allen Sachenrechten eigentümlichen Person-Objekt - **Beziehung können so Rechtsverhältnisse** zu dritten Störern entstehen, die relativen Charakter tragen.

Die Eigentumsanwartschaft entsteht aus fremdem Eigentum, um mit Bedingungseintritt zum Vollrecht zu erstarken. Während der **Schwebezeit bestehen sogar ein** und derselben Sache zwei dingliche Rechte, das Eigentumsrecht des Vorbehaltsverkäufers und das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltsskäuferers bzw. dessen Rechtsnachfolgers. Dieses Nebeneinander zweier Sachen-

347. Vgl. hierzu Dimopoulos Vocikis, AcP 167, 530 ff: Das dingliche Recht ist nicht eine Erscheinung, die isoliert in reiner Form auftritt, sondern vielmehr nur eine Denkform, die zwar die theoretische Erörterung erleichtert, in der juristischen Wirklichkeit aber nicht häufig anzutreffen ist.

348. S.o.S. 53 ff.

rechte erzeugt, wie die Beispiele von Nießbrauch, Grundschuld, Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrecht und Pfandrecht - auf die Besonderheit, daß hier das Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder zustande kommt, wurde bereits hingewiesen³⁴⁹⁾ - gezeigt haben, ein relativ wirkendes Rechts- Pflichten -Verhältnis³⁵⁰⁾, das die Aufgabe hat, die sich widerstreitenden Interessen der mehreren Berechtigten an den "Nahtstellen" beider Rechte zu ordnen.

Zwar werden häufig vertragliche Beziehungen zwischen Eigentümer und Anwartschaftsinhaber vorhanden sein, wenn ersterer mit dem Vorbehaltsverkäufer, letzterer mit dem Käufer identisch ist. Aber auch hier wird das Rechtsverhältnis zwischen den dinglich Berechtigten erheblich, da der Vorbehaltskaufvertrag das Verhältnis Eigentümer - Anwarter, was die sachenrechtlichen Folgen der bedingten Übereignung angeht, nicht oder nur unvollständig regeln wird. Von Bedeutung ist dieses Verhältnis aber vor allem dann, wenn der Vorbehaltskäufer sein Anwartschaftsrecht weiterüberträgt - der Erwerber tritt grundsätzlich nicht in das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs ein³⁵¹⁾, so daß zwischen Eigentümer und Anwartschaftsberechtigten jede schuldrechtliche Beziehung auf vertraglicher Grundlage fehlt.

Der Inhalt dieses "gesetzlichen" Schuldverhältnisses:

Das Gesetz selbst gibt, da es sich der Problematik der Eigentumsanwartschaftslehre nicht bewußt war, nur eine bruchstückhafte Regelung in §160 I.

349. S.o.S.127.

350. Für ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Anwarter und Vorbehaltseigentümer auch Bauknecht, NJW 1955,1254; Raiser, S.84 ff.

351. S.o.S.117 ff.

Danach erhält der Anwärter einen vom Eintritt der Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängigen Schadenersatzanspruch gegen den Eigentümer, "wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt". Weiter kann aus dem Kaufrecht, §446 I S. 2, in Verbindung mit der allgemein anerkannten Übertragbarkeit der Eigentumsanwartschaft entnommen werden, daß im Verhältnis Eigentümer - Anwärter dem letzteren die Früchte und sonstigen Vorteile, die der Sachgebrauch gewährt, gebühren³⁵²⁾. Der Verkäufer hat sich mit der Übergabe der Vorbehaltssache an den Käufer der Gebrauchsvorteile, die aus dem Sachbesitz herrühren, begeben, der Anwartschaftserwerber ist als Rechtsnachfolger des Käufers in dessen Rechtsstellung eingetreten.

Ansonsten: trotz der inhaltlichen Verwandtschaft von Eigentum und Eigentumsanwartschaft passen die Gemeinschaftsregeln (§§741 ff, 1008 ff) nicht auf die Interessenlage zwischen Eigentümer und Anwartschaftsberechtigten. Sie betreffen die qualitativ gleichartige Teilung des Eigentums in Miteigentum bzw. in Eigentum nach Bruchteilen, die Befugnisse aller Eigentümer sind hier gleichartig. Demgegenüber besteht zwischen Eigentum und Eigentumsanwartschaft eine qualitative Verschiedenheit der Rechtsstellungen; das wird auch von Raiser, der dem Gedanken einer Rechtsteilung zwischen Eigen-

352. Der Eigentumserwerb erfolgt nach §956; aus der bedingten Eigentumsübertragung an der Muttersache folgt aber, daß auch die Gestattung nach §956 grundsätzlich nur eine solche zu bedingtem Eigentumserwerb ist. Etwas anderes kann sich freilich aus dem Sinn des Geschäfts ergeben, etwa, daß der Anwärter vor Bedingungseintritt zum Verbrauch oder zur Verwertung der Früchte ermächtigt ist, oder sogar ihr Eigentümer wird (Flume, AcP 161, S. 386; vgl. hierzu auch Serick I, §10 IV 1).

tümer und Anwärter anhängt³⁵³⁾, nicht geleugnet³⁵⁴⁾.

Ein Ausgleich muß aber vor allem zwischen den Interessen des Anwartschaftsberechtigten, die Vorbehaltssache bis zum Bedingungseintritt oder -ausfall zu besitzen und dem Interesse des Eigentümers, die Sache der Substanz nach zu erhalten, gefunden werden: Der Anwartschaftserwerber ist dem Vorbehaltsverkäufer gegenüber aufgrund der Anwartschaft zum Besitz (mittelbaren oder unmittelbaren) berechtigt, und zwar grundsätzlich auch dann, wenn der Vorbehaltskäufer Pflichten aus dem Kaufvertrag verletzt, z.B. in Zahlungsverzug kommt oder die Sache unsachgemäß behandelt³⁵⁵⁾. Das Gesetz berücksichtigt dieses Sacherhaltungsinteresse des Eigentümers, der seine Sache aus der Hand gegeben hat, bei den beschränkt dinglichen Rechten, die mit dem Sachgesetz verbunden sind, in mehreren Vorschriften, indem es dem dinglich Berechtigten Nebenpflichten in Gestalt von Sorgfaltspflichten auferlegt. So verpflichtet §1020 den durch eine Grunddienstbarkeit Begünstigten zur schonenden Ausübung seines Rechts im Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks; die gleiche Pflicht trifft den Inhaber einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit, §1090 II. §1036 II gebietet, die mit einem Nießbrauch belastete Sache in ihrer wirtschaftlichen Bestimmung aufrecht zu erhalten, in §1037 wird die Unzulässigkeit einer wesentlichen Umgestaltung der belasteten Sache erklärt, in §1041 die Pflicht des Nießbrauchers begründet, für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen. Ähnliche

353. Raiser, S.66 ff: Spaltung der Eigentümerbefugnisse, so daß jeder "Eigentümer" einen gesonderten Komplex von Befugnissen der Totalherrschaft hat; dagegen Georgiades S.102,103.

354. Raiser, S.70.

355. S.o.S.41 ff.

Sorgfaltspflichten ergeben sich für den Dauerwohnberechtigten aus §§33,14 WEG. §1215 verpflichtet den Pfandgläubiger zur (sorgsam) Verwahrung der Pfandsache.

Diese gesetzlichen Regelungen sind zwar im Einzelnen wegen ihres speziellen Zuschnitts auf den besonderen Inhalt der Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und dinglich Berechtigten nicht ohne weiteres einer Übertragung auf das Verhältnis Eigentümer-Anwärter fähig. Ihnen ist jedoch der allgemeine Rechtssatz zu entnehmen, daß der an einer fremden Sache dinglich Berechtigte diese der Substanz nach zu erhalten hat. Dasselbe muß auch für den Inhaber der Eigentumsanwartschaft gelten³⁵⁶⁾. Er hat ebenso wie diese dinglich Berechtigten das Eigentum des Vorbehaltsverkäufers zu respektieren und deshalb die Vorbehaltssache so zu behandeln, daß sie keinen Schaden nimmt. Aus dieser Sacherhaltungspflicht folgt die Pflicht zur Information des Eigentümers, wenn Dritte die Sache beschädigen oder Gläubiger des Anwärters in sie vollstrecken; denn nur dann kann der Eigentümer die ihm von Gesetzes wegen zukommenden Rechte auch wirksam verfolgen³⁵⁷⁾.

Diese zwischen Eigentümer und Anwärter bestehenden Sorgfaltspflichten müssen sich auch auf das Besitzrecht des Anwärters auswirken: Macht dieser trotz Abmahnung durch den Verkäufer von der Sache einen pflichtwidrigen Gebrauch und gefährdet so erheblich das Sacherhaltungsinteresse des Eigentümers, so muß letzterer in entsprechender Anwendung der §§1054, 1053,1217 als berechtigt angesehen werden, die Hinterlegung der Vorbehaltssache und, falls sich diese hierzu nicht eignet, die Übergabe an einen

356. Ebenso Bauknecht, NJW 1955,1254; Raiser,S.85.

357. Raiser, S. 85

gestzlich bestellten Verwahrer zu verlangen³⁵⁸⁾. Nießbraucher und Pfandgläubiger sind kraft dinglichen Rechts dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt; trotzdem bewertet das Gesetz das Sacherhaltungsinteresse des Eigentümers bei grob pflichtwidrigem Verhalten dieser Personen höher als deren Interesse, die Sache weiterhin im Besitz zu haben. Auch der Vorbehaltseigentümer hat Anspruch auf Schutz gegen Beeinträchtigung der Sachsubstanz, der Inhaber des dinglichen Anwartschaftsrechts ein berechtigtes Interesse, daß die Vorbehaltssache nicht vor Ausfall der Bedingung zum Eigentümer zurückgelangt. Diese Gleichartigkeit der Interessenlage rechtfertigt die Analogie zu den §§1054,1053,1217.

Für die Rechtsbeziehungen zwischen Vorbehaltseigentümer und dinglich Anwartschaftsberechtigtem ergibt sich:

Der Inhaber der Anwartschaft ist dem Vorbehaltseigentümer gegenüber aufgrund seiner Anwartschaft zum (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitz berechtigt³⁵⁹⁾. Sein Besitzrecht endet jedenfalls mit Ausfall der Bedingung. Zwischen den beiden dinglich an der Vorbehaltssache Berechtigten besteht ein "gesetzliches" oder einem solchen ähnliches Schuldverhältnis, das die Rechtsmacht, die die dingliche Anwartschaft dem Anwärter gewährt, beeinflußt und begrenzt und so auch Einfluß auf dessen Besitzrecht nimmt. Er ist aus ihm zur sorgsam, die Sachsubstanz nicht beeinträchtigenden Behandlung des Vorbehaltsguts verpflichtet; verletzt er wiederholt trotz Abmahnung durch den Vorbehaltseigentümer diese Pflicht, so kann dieser Hinterlegung bzw. Übergabe

358. Bauknecht, NJW1955,1254.

359. S.o.S.35 ff.

an einen gerichtlich bestellten Verwahrer fordern. Beeinträchtigen Dritte die Vorbehaltssache, hat er dies dem Vorbehaltseigentümer anzuzeigen. Ist er selbst nicht unmittelbarer, sondern mittelbarer Besitzer, folgt aus dem "gesetzlichen" Schuldverhältnis für den Anwärter die Pflicht, den unmittelbaren Besitzer zur sorgsam, die Sachsubstanz nicht beeinträchtigenden Behandlung des Vorbehaltsguts (im Rahmen des Rechtsverhältnisses, das ihn mit dem unmittelbaren Besitzer verbindet) anzuhalten. Dem zeitlich beschränkten Besitzrecht des Anwartschaftsberechtigten, das durch diese Sorgfalts- und Obhutspflichten näher konkretisiert ist, entspricht ein Herausgabeanspruch des Vorbehaltseigentümers aus §985, wenn er gegenüber dem Vorbehaltskäufer wirksam sein Rücktrittsrecht ausgeübt hat bzw. die Nachfrist des §326 abgelaufen ist³⁶⁰). Damit besteht zwischen dem Sicherungsnehmer (als dem Erwerber der dinglichen Anwartschaft) und dem Vorbehaltseigentümer ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis.

Daß der Herausgabeanspruch des Vorbehaltseigentümers, der dem Besitzrecht des Sicherungsnehmers entspricht, nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen (Rücktritt oder Ablauf der Nachfrist des §326) geltend gemacht werden kann, ist ebenso unschädlich wie die Tatsache, daß er sich aus dem Gesetz ergibt³⁶¹).

Der Sicherungsnehmer ist zwar nur mittelbarer Besitzer, aber auch das stört nicht, da bei einem Besitzmittlungsverhältnis zwischen zwei Oberbesitzern im Rahmen eines Besitzgebäudes (§871) naturgemäß der Besitzmittler des höchststufigen Oberbesitzers selbst nur mittelbarer Besitzer ist³⁶²).

360. S.o.S. 41 ff.

361. S.o.S. 61.

362. S.o.S. 112.

auch kann über §985 vom Eigentümer ein mittelbarer Besitzer, hier der Sicherungsnehmer (dem der Vorbehaltskäufer aufgrund der Sicherungsabrede den Besitz vermittelt) auf Herausgabe in Anspruch genommen werden³⁶³⁾.

3. durch die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorbehalts Eigentümer und dem Erwerber der "obligatorischen" Eigentumsanwartschaft

Auch diejenigen, die sich gegen die Anerkennung der Eigentumsanwartschaft als dingliches Recht aussprechen, können nicht leugnen, daß sie - anders als eine Forderung - Wirkung nicht nur zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs entfaltet, also nicht wie diese an die Vermittlung einer bestimmten Person gebunden ist, sondern einschränkend an dem Eigentumsrecht des Verkäufers hängt: Während z.B. der Käufer einer Sache seinen Anspruch aus §433 I nur gegenüber seinem Vertragspartner geltend machen kann, dieser aber durch seine obligatorische Verpflichtung nicht gehindert ist, anderweitig rechtswirksam über die Kaufsache zu verfügen, kann der Vorbehaltsverkäufer weder durch eine Übertragung seines Eigentums, noch durch Belastung der Sache mit dem Recht eines Dritten den Eigentumserwerb des Vorbehaltskäufers hindern oder beeinträchtigen (§161)³⁶⁴⁾. Gegen Eingriffe Dritter genießt sie wie die absoluten Rechte Schutz nach §823 I³⁶⁵⁾. Andererseits aber ist die Existenz der Anwartschaft vom Fortbestand des obligatorischen Vorbehaltskaufvertrags abhängig, und auch die Sachherrschaft rührt nicht aus dem Inhalt der Eigentumsanwartschaft

363. S.o.S. 112, Fußn. 303.

364. S.o.S. 28 ff.

365. S.o.S. 46 ff.

her, sondern wird ebenfalls durch den obligatorischen Kaufvertrag vermittelt. Die Eigentumsanwartschaft wird daher entsprechend diesem Erkenntnisstand als zwischen Schuld- und Sachenrecht stehend betrachtet³⁶⁶⁾.

Seit BGHZ 20,88 ff wird nicht mehr ernsthaft bestritten, daß der Vorbehaltskäufer sein Anwartschaftsrecht dergestalt auf einen Dritten übertragen kann, daß dieser automatisch mit Bedingungseintritt das Eigentum unmittelbar ohne Zwischenerwerb des Käufers vom Verkäufer erwirbt. Die Rechtsbeziehungen zwischen Vorbehaltseigentümer und Anwarter sind somit durch das Recht des letzteren gekennzeichnet, mit Eintritt der Bedingung Eigentümer der Vorbehaltsache zu werden.

Überträgt der Vorbehaltskäufer die Anwartschaft gem. §930 auf den Anwartschaftserwerber - der Vorbehaltskäufer bleibt dann weiterhin unmittelbarer Besitzer - so ist hierzu ein Einverständnis des Vorbehaltseigentümers nicht erforderlich³⁶⁷⁾: Der Käufer verfügt über eine eigene, gegenwärtige Rechtsstellung, schutzwürdige Interessen des Verkäufers werden nicht berührt. Um die Anwartschaft zu erwerben, muß der Vorbehaltskäufer seinem Rechtsnachfolger mittelbaren Besitz an der Vorbehaltsache

366. Georgiades, S.102 ff spricht sich zwar gegen die dingliche Rechtsnatur der Eigentumsanwartschaft aus, bezeichnet sie dann aber als ein "dingliches Recht i.w.S.", als ein "dingliches Erwerbsrecht eigener Art"; Serick I, S.247,285 meint, sie sei ein "schuldrechtlich-dingliches Recht", "ein dingliches Recht mit noch schuldrechtl. Abhängigkeit" oder ein "schuldrechtl. Recht mit schon dinglichen Merkmalen", für letztere Natur auch Schlegelberger-Hefermehl, HGB Anh. zu §368 Anm.45; der BGH in BGHZ 30,377, die Anwartschaft auf Erwerb des Eigentums sei so gefestigt, daß ein solches Anwartschaftsrecht nach Wirkung und Bedeutung einem echten beschränkten dinglichen Recht nahekomme.

367. S.o.S. 74

verschaffen. Aus diesem Grund vereinbaren die beiden ein Besitzmittlungsverhältnis, wonach der Vorbehaltskäufer dem Anwartschaftserwerber den Besitz vermittelt. Wenn nun aber die Anwartschaftsübertragung auch ohne Wissen und Willen des Vorbehaltsverkäufers wirksam ist, selbst ein zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs vertraglich vereinbartes Veräußerungsverbot kann wegen seiner relativen Wirkung den Rechtserwerb nicht hindern³⁶⁸⁾, dann muß sich der Anwartschaftserwerber dem Vorbehaltseigentümer gegenüber auch in dieser seiner Rechtsposition behaupten können, muß ihm gegenüber zum mittelbaren Fremdbesitz berechtigt sein³⁶⁹⁾.

Bestätigt wird dies auch durch §986 I. Danach kann der Besitzer "die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist". Wie sich aus dem 1. Halbsatz des Satz 1 ergibt, ist der vom Eigentümer in Anspruch genommene Besitzer hier der unmittelbare Besitzer. Satz 2 bestimmt: "Ist der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer (unmittel-

368. S.o.S.26 ff

369. Zwar stellt sich das Problem der Besitzberechtigung des Anwartschaftserwerbers in aller Schärfe erst, wenn dieser den unmittelbaren Besitz übertragen erhalten hat und wird auch nur in diesem Zusammenhang gesehen. Da aber der Vorbehaltseigentümer auch von einem mittelbaren Besitzer Herausgabe verlangen kann - der Vorbehaltsverkäufer könnte auf diesem Wege über §985 versuchen, vom Anwartschaftserwerber Herausgabe zu verlangen, wenn er mit der Anwartschaftsübertragung gem. §930 nicht einverstanden ist - stellt sich auch hier das Problem der Berechtigung des Anwartschaftserwerbers zum mittelbaren Fremdbesitz.

baren³⁷⁰⁾) nicht befugt, so kann der Eigentümer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren oder, wenn dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen". Der unmittelbare Besitzer kann also geltend machen, daß sein mittelbarer Besitzer dem klagenden Eigentümer gegenüber zum Besitz und zugleich zu dessen Überlassung an ihn berechtigt ist. Das Gesetz geht hier vom Regelfall aus, daß der Eigentümer gegen den unmittelbaren Besitzer vorgeht³⁷¹⁾. Da aber der Eigentümer über §985 auch einen mittelbaren Besitzer in Anspruch nehmen kann³⁷²⁾, muß dieser in entsprechender Anwendung des §986 I S.1, 2 jedenfalls immer dann dem Eigentümer gegenüber die Herausgabe verweigern können, wenn der unmittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt und zur Einräumung mittelbaren Besitzes an ihn befugt ist.

Das ist beim Sicherungsnehmer, dem die Eigentums-

370. Einfügung des Verfassers.

371. Während im E.I §929 die Herausgabeklage ausdrücklich sowohl gegen den eigentlichen Besitzer wie gegen den bloßen Inhaber der Sache zugelassen wurde, ging in der Kommission für den 2. Entwurf die Mehrheit (s. Prot. III, 322 ff) von dem Grundsatz aus, daß der Anspruch auf Herausgabe gegen den mittelbaren Besitzer unzulässig sei. Außerdem wurde ausdrücklich niedergelegt (E II, §899 II,), daß dem Eigentümer gegenüber einem mittelbaren Besitzer (auch) kein Anspruch auf Überlassung des mittelbaren Besitzes zustehen sollte. In E III §969 fiel dieser Absatz gänzlich weg.
372. Heute ist es nahezu unbestritten, daß über §985 auch ein mittelbarer Besitzer in Anspruch genommen werden kann, vgl. Wolff-Raiser, SR, §84 II Anm. 4 m.w.N.; Westermann, SR, §30 II 2. Der Eigentümer kann stattdessen (nach Baur, SR, §11 C I 1 nur) auf Abtretung des Herausgabeanspruchs klagen. Einschränkungen ergeben sich bei der Verurteilung zur Herausgabe nur mit Rücksicht auf §283, vgl. Soergel-Mühl, BGB, §985 m.w.N.

anwartschaft entsprechend §930 übertragen wurde, der Fall:

Der Vorbehaltskäufer ist aufgrund seiner zum Vorbehaltseigentümer bestehenden Sonderverbindung jenem gegenüber auf Zeit zum (unmittelbaren) Besitz berechtigt³⁷³⁾; als Inhaber einer gegenwärtigen Anwartschaft ist er gegenüber dem Eigentümer befugt, diese entspr. §930 weiter zu übertragen³⁷⁴⁾, kann damit seinem Nachmann den für den Anwartschaftserwerb erforderlichen mittelbaren Besitz und zugleich ein Recht zum mittelbaren (Fremd-) Besitz gegenüber dem Vorbehaltseigentümer verschaffen.

Der Sicherungsnehmer hat zwar kein eigenes Besitzrecht gegenüber dem Vorbehaltseigentümer, er leitet vielmehr sein Besitzrecht vom Vorbehaltskäufer ab; da aber (erst) die allgemein anerkannte Übertragbarkeit der Anwartschaft - selbst ein zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs vertraglich vereinbartes Veräußerungsverbot hat nur die Wirkung des §137³⁷⁵⁾ - dem Erwerber das Recht gibt, sich auch gegenüber dem Eigentümer auf sein vom Vorbehaltskäufer abgeleitetes Besitzrecht zu berufen, wird auch hier die "obligatorische" Eigentumsanwartschaft, wenn auch nur mittelbar, für das Besitzrecht des Sicherungsnehmers bedeutsam.

Da sich (ansonsten) das Besitzrecht des Erwerbers allein auf die schuldrechtliche Berechtigung des Vorbehaltskäufers gegenüber dem -verkäufer gründet, muß sein Recht zum (mittelbaren) Besitz immer dann erlöschen, wenn der Vorbehaltskäufer dem Vorbehaltseigentümer gegenüber nicht mehr zum Besitz berechtigt ist; es endet also immer dann, wenn der Vor-

373. S.o.S. 35, Fußn. 104.

374. Die Befugnis des Vorbehaltskäufers, sein Anwartschaftsrecht entspr. §930 weiterzuübertragen, ist nahezu unbestritten, s.o.S. 74, Fußn. 208.

375. S.o.S. 26, 27.

behaltseigentümer wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten, die Nachfrist des §326 abgelaufen ist oder der Vorbehaltskäufer Pflichten aus dem Kaufvertrag verletzt, die den Vorbehaltseigentümer entsprechend den zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs getroffenen Vereinbarungen zur Rückforderung berechtigen³⁷⁶⁾.

Für die Rechtsbeziehungen zwischen Vorbehaltseigentümer und Sicherungsnehmer folgt hieraus:

Der Sicherungsnehmer hat als Inhaber der Eigentumsanwartschaft nicht nur das Recht, mit Bedingungseintritt automatisch Eigentum vom Vorbehaltsverkäufer zu erwerben, er ist diesem gegenüber auch zum mittelbaren Fremdbesitz berechtigt. Da er sein Besitzrecht vom Vorbehaltskäufer ableitet (der aufgrund seiner schuldrechtlichen Sonderverbindung zum Vorbehaltseigentümer jenem gegenüber zum Besitz berechtigt ist), erlischt sein Recht zum (mittelbaren) Besitz, wenn der Vorbehaltskäufer dem Vorbehaltseigentümer gegenüber nicht mehr zum Besitz berechtigt ist. Es ist somit zeitlich und inhaltlich kausal durch das Rechtsverhältnis beschränkt, das zwischen den Parteien des Vorbehaltskaufs besteht und das über §986 I S.1 Einfluß auf die besitzrechtlichen Beziehungen zwischen Vorbehaltseigentümer und Sicherungsnehmer gewinnt. Dem Besitzrecht des Sicherungsnehmers entspricht ein unter bestimmten Voraussetzungen (Rücktritt, Zahlungsverzug etc.) begründeter Herausgabeanspruch des Vorbehaltseigentümers aus §985. Damit liegt

376. Auch ohne besondere Vereinbarung sah die früher h.L., die sich gegen ein dingliches, der Eigentumsanwartschaft entspringendes Besitzrecht des Vorbehaltskäufers aussprach, den Vorbehaltseigentümer als berechtigt an, Herausgabe bei Zahlungsverzug oder unsachgemäßer Behandlung der Vorbehaltssache zu verlangen, s.o.S. 41, Fußn. 118.

ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis zwischen Vorbehaltseigentümer und Sicherungsnehmer vor.

IV. Das Ergebnis

1. Das Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Vorbehaltseigentümer und dem Sicherungsnehmer

Die vorangegangenen Untersuchungen haben gezeigt, daß zwischen Vorbehaltseigentümer und Sicherungsnehmer Rechtsbeziehungen bestehen, die ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis abgeben, auch ohne daß diese Personen zueinander in rechtsgeschäftlichem Kontakt standen.

Nämlich: Aufgrund eines Schuldbeitritts des Sicherungsnehmers in bestimmten Pflichten, die dem Vorbehaltsskäufer gegenüber dem Verkäufer in bezug auf die Vorbehaltssache obliegen; hierfür muß sich allerdings irgendein Anhaltspunkt in den vertraglichen Vereinbarungen zwischen Vorbehaltsskäufer und Sicherungsnehmer finden; aufgrund der dinglichen Eigentumsanwartschaft; sie läßt ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Anwärter und Vorbehaltseigentümer entstehen; aufgrund der "obligatorischen" Eigentumsanwartschaft; auch sie entfaltet, anders als eine Forderung, Rechtswirkungen nicht nur zwischen den Parteien des Vorbehaltsskaufs, sondern erzeugt infolge ihrer gesetzlichen Ausgestaltung (§161 I) und ihrer Weiterentwicklung in Rspr. und Lehre (insb. ihre freie Übertragbarkeit) Rechtswirkungen auch zwischen Vorbehaltseigentümer und Anwartschaftserwerber.

Damit ist das Argument derer entkräftet, die sich wegen des "Fehlens" von Rechtsbeziehungen zwischen

Vorbehaltseigentümer und Sicherungsnehmer für eine entsprechende Anwendung des §871 bei der besitzrechtlichen Konstruktion der sicherungshalben Übertragung der Eigentumsanwartschaft aussprechen³⁷⁷⁾.

Andererseits genügt auch ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis zwischen diesen Personen nicht für die direkte Anwendung des §871; es müssen vielmehr im Verhältnis Vorbehaltseigentümer - Sicherungsnehmer sämtliche Anforderungen, die das Gesetz an das Bestehen eines Besitzmittlungsverhältnisses stellt, erfüllt sein. Nur wenn diese beiden mittelbaren Oberbesitzer durch ein Besitzmittlungsverhältnis miteinander verbunden sind, kann von einem Besitzgebäude zwischen Vorbehaltskäufer, Sicherungsnehmer und Vorbehaltseigentümer gesprochen werden.

§868 setzt für das Bestehen mittelbaren Besitzes voraus, daß sich eine Sache im unmittelbaren Besitz eines anderen befindet und dieser die Sache in einem Verhältnis bestimmter Art besitzt. Dem unmittelbaren Besitz des Mittlers bei §868 entspricht beim Besitzmittlungsverhältnis zwischen zwei Oberbesitzern im Sinne des §871 der mittelbare Besitz des erststufigen Oberbesitzers: Der erststufige Oberbesitzer ist selbst mittelbarer Besitzer und erhält seinen Besitz durch einen unmittelbaren Besitzer vermittelt. Der Vorbehaltskäufer hat nach der Anwartschaftsübertragung keine Rechte mehr bezüglich der Vorbehaltsware; er vermittelt als unmittelbarer Fremdbesitzer aufgrund der Sicherungsabrede dem Sicherungsnehmer den Besitz; dieser ist - erststufiger - mittelbarer Besitzer.

Zwischen Sicherungsnehmer und Vorbehaltseigentümer

377. Georgiades, S. 128; zweifelnd Baur, SR, §59 V 2b.

besteht ein zur Besitzmittlung geeignetes, konkretes Rechtsverhältnis, demzufolge der Sicherungsnehmer dem Vorbehaltseigentümer gegenüber zum mittelbaren Besitz auf Zeit berechtigt ist und aus dem sich für den Vorbehaltseigentümer unter bestimmten Voraussetzungen ein Herausgabeanspruch aus §985 ergibt; daß dieser nur gegen einen mittelbaren Besitzer gerichtet ist, ist unschädlich³⁷⁸⁾ und darf nicht verwundern, da das gesuchte Besitzmittlungsverhältnis ein solches zwischen zwei Oberbesitzern ist; also kann auch der Herausgabeanspruch des höchststufigen Oberbesitzers nur ein solcher gegen einen mittelbar Besitzenden sein.

Weiter müssen im Verhältnis Vorbehaltseigentümer - Sicherungsnehmer die subjektiven Anforderungen, die das Gesetz an das Bestehen mittelbaren Besitzes stellt, erfüllt sein: Beim Vorbehaltsverkäufer muß sich Besitz(begründungs)wille³⁷⁹⁾, beim Sicherungsnehmer

378. S.o.S. 112, Fußn. 303.

379. Bei der Begründung mittelbaren Besitzes durch Vertrag zugunsten Dritter verlangt das RG (RG JW 1932,3182; RGZ 135,274) ohne Bezugnahme auf den Besitzbegründungswillen ein irgendwie geartetes Einverständnis des Dritten. Ein Teil der Lit. (Biermann, SR, §868 Anm. 2a; Hellwig, S.344, 345; Rosenberg, JW 1932,3182; v.Tuhr, AT II 1, S.227; wohl auch das KG in OLG 15,11 ff) will den V.z.D. allein ausreichen lassen. Diese unterschiedlichen Meinungen haben ihren Grund in einem unterschiedlichen Verständnis des Wesens mittelbaren Besitzes. Da der mittelbare Besitz als "vergeistigte" oder mittelbare Sachherrschaft noch soweit zu den tatsächlichen Erscheinungen gehört, wird berechtigterweise ein irgendwie gearteteter mitwirkender Wille des Dritten gefordert (Erman-Westermann, BGB, §868 Anm.20; Palandt-Degenhart, BGB, §868 Anm. 2c aa; Soergel-Mühl, BGB, §868 Anm. 22; Staud.-Seufert, BGB, §868 Anm. 10; Westermann, SR, §19 I 2). Anders, wenn der unmittelbare Besitzer Vertreter des mittelbaren ist oder eine vertreterähnliche Stellung hat (so das RG in JW 1938,1394 = Besitzbegründung durch den Ehemann für die Ehefrau).

Besitzmittlungswille³⁸⁰⁾ feststellen lassen. Dieses Willenserfordernis erscheint insbesondere dann problematisch, wenn der Vorbehaltseigentümer keine Kenntnis von der Anwartschaftsübertragung, der Sicherungsnehmer keine von der Person des Vorbehaltsverkäufers erlangt. Im Wirtschaftsleben ist ersteres oft der Fall. Der Vorbehaltskäufer wird seinem Warenlieferanten kaum die finanziellen Schwierigkeiten, insbesondere seine schwache Kreditunterlage offenlegen, die ihn wegen Fehlens anderer Sicherheiten dazu zwingt, seinem Geldkreditgeber die Anwartschaft an den unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Gegenständen sicherungshalber zu übertragen.

Das Erfordernis des Besitzbegründungswillens wird aufgestellt, um der tatsächlichen Natur des mittelbaren Besitzes Rechnung zu tragen. Versteht man auch ihn als ein Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, das allerdings durch eine dritte Person gewährleistet wird, kann ein solches nur bei einem entsprechenden Beherrschungswillen des mittelbaren Besitzers bestehen.

Als der Vorbehaltseigentümer dem Vorbehaltskäufer die Ware übergab, verlor er zwar den unmittelbaren Besitz, erhielt aber aufgrund des Vorbehaltskaufs mittelbaren Eigenbesitz eingeräumt³⁸¹⁾. Seither besitzt er die noch in seinem Eigentum stehenden Gegenstände als mittelbarer Eigenbesitzer und hat wegen der stärkeren Sachbeziehung, die ihm der mittelbare Besitz gewährt, auch weiterhin bis zur

380. Der Besitzmittlungswille ist nur dann unerheblich, wenn in Ansehung der Sache die Vertragsfreiheit und die Verfügungsbefugnis aller Beteiligten ausgeschaltet ist, strittig, vgl. Staud.-Seufert § 868 Anm. 11, 27 m.w.N.

381. S.o.S. 59, FuBn. 165, 166.

vollständigen Zahlung des Kaufpreises den Willen, diese besitzrechtliche Beziehung zum Vorbehalts-
gut aufrechtzuerhalten. Er hat also auch zur Zeit
der Sicherungsübertragung natürlichen Beherrschungs-
willen und damit Besitzwillen bezüglich des Vorbe-
haltsgutes. Daß der Besitzwille irgendwie juristisch
qualifiziert sein muß, daß er sich etwa bei einem
Besitzgebäude i.S. des §871 auf die jeweilige Stufe
der Besitzleiter beziehen muß, kann nicht verlangt
werden. Kein juristischer Laie wäre fähig, einen
solchen Willen zu haben, ja mehr noch, das Willens-
moment als Ausdruck der tatsächlichen Natur mittel-
baren Besitzes würde seines Sinnes beraubt und in
sein Gegenteil verkehrt werden.

Zum Besitzmittlungswillen des Sicherungsnehmers:

Die Übertragung der Anwartschaft vom Vorbehalts-
käufer auf den Sicherungsnehmer erfolgt in Anerkennung
der Rechtsstellung des Vorbehaltseigentümers. Der
Vorbehaltskäufer lehnt sich, wenn er mit dem Si-
cherungsnehmer ein weiteres Besitzmittlungsverhält-
nis eingeht, nicht gegen den mittelbaren Eigenbe-
sitz des Verkäufers auf, sondern will auch weiter-
hin diesem den Besitz ermitteln³⁸²⁾. Der Sicherungs-
nehmer wiederum weiß, daß er nicht das Eigentum,
sondern nur die Anwartschaft darauf erworben hat.
Er besitzt daher die Sache ebenfalls nicht wie ein
Eigentümer, sondern als Fremdbesitzer und Rechts-
nachfolger des Vorbehaltskäufers, hat also nicht
Eigen- (§872), sondern Fremdbesitzerwillen. Anderer-
seits weiß er, daß er dem Eigentümer gegenüber zwar
auf Zeit zum Besitz berechtigt, aber auch unter
bestimmten Voraussetzungen³⁸³⁾ zur Herausgabe ver-

382. S.o.S. 88.

383. Rücktritt, Fristablauf des §326, nach der frö-
her überwiegenden M. auch bei bloßem Zahlungs-
verzug oder unsachgemäßer Behandlung, vgl. o.S.
41, Fußn. 118.

pflichtet ist. Er anerkennt damit - seine Rechtstreue unterstellt - dessen stärkeres Recht und ist so vom Willensmoment her bereit, dem Vorbehaltskäufer den Besitz zu vermitteln. Es fragt sich nur, ob er einen solchen Willen auch haben kann, wenn er den Vorbehaltseigentümer nicht kennt, sondern nur weiß, daß es sich um Vorbehaltsgut handelt.

Das OLG Celle³⁸⁴⁾ wendet den Grundsatz des "Geschäfts den es angeht" auf den Erwerb der Eigentumsanwartschaft an, wenn der Ehemann als Käufer von Möbelstücken in stiller Stellvertretung für seine Frau auftritt. Dann sei - so Zunft³⁸⁵⁾ - auch nichts gegen eine Besitzmittlung für den es angeht einzuwenden, wenn der Erwerber der Anwartschaft das dingliche Recht habe, bei Bedingungseintritt Eigentümer zu werden.

Dieser Schluß erscheint jedoch bedenklich.

Beim Geschäft für den es angeht erwirbt der Geschäftsherr bei Barkäufen des täglichen Lebens entgegen dem Grundsatz des §164 II direkt Eigentum, wenn dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist und der mittelbare Vertreter den Willen hat, das Eigentum für den Geschäftsherrn zu erwerben³⁸⁶⁾. Bei Kreditgeschäften ist dieses Institut grundsätzlich nicht anwendbar, so daß das Geschäft für den es angeht beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Regelfall nicht in Betracht kommt³⁸⁷⁾,

384. OLG Celle, NJW 1955, 672, 673.

385. Zunft, NJW 1957, 448.

386. Ennecc.-Nipp., AT 2, §179.

387. Auch der direkte Übergang des Eigentums vom Vorbehaltsverkäufer auf den Anwartschaftsberechtigten bei Bedingungseintritt läßt sich nicht auf ein Geschäft für den, den es angeht, stützen (so aber Lange, NJW 1951, 445 Anm.). Dem Verkäufer ist zwar die Person dessen i.d.R. gleichgültig, der bei Bedingungseintritt das Volleigentum erwirbt. Die Annahme eines Geschäfts für den es angeht, setzt

so auch ausdrücklich das OLG Celle³⁸⁸⁾.

Während außerdem beim Geschäft den es angeht der Wille des "stillen" Vertreters über die Zuordnung der Folgen des abgeschlossenen dinglichen Geschäfts entscheidet, wenn dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist, interessiert hier allein, ob es genügt, wenn der Sicherungsnehmer als Inhaber der Anwartschaft Besitzmittlungswillen in Richtung auf d e n Eigentümer der Vorbehaltssache hat, diesen aber nicht kennt, ob also im Rahmen des §868 Besitzmittlungswillen in Richtung auf den materiell Berechtigten genügt. Das hat mit dem Geschäft für den es angeht nichts zu tun, da auch das Rechtsverhältnis, das dem gesuchten Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltseigentümer und Sicherungsnehmer zugrunde liegen könnte, schon zwischen diesen Personen besteht.

Daß Besitzmittlungswille in Richtung auf d e n Eigentümer genügt, ergibt sich vielmehr aus folgender Überlegung:

Unabhängig vom Meinungsstreit, welche Rechtsnatur der Eigentumsanwartschaft zukommt, wird der Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen Vorbehaltseigentümer und Anwarter (hier der Sicherungsnehmer) wesentlich durch das Recht des letzteren bestimmt, bei Bedingungeintritt automatisch Eigentümer der Vorbehaltsware zu werden. Der Vorbehaltsverkäufer braucht dem Eigentumserwerb weder zuzustimmen, noch

387 Forts... aber voraus, daß der mittelbare Vertreter bei Geschäftsabschluß das Eigentum für einen anderen erwerben wollte. Dieser Fremdwirkungswille fehlt jedoch beim Vorbehaltskäufer, da dieser das Anwartschaftsrecht für sich erwerben wollte und es erst später auf einen Dritten überträgt.

388. OLG Celle, aaO. Nur in dem dort zu entscheidenden Sonderfall wurden die Interessen des Verkäufers durch die Inbesitznahme der Ehefrau in gleichem Maße gewahrt wie bei der durch den Ehemann, denn die verkauften Möbel wären auf alle Fälle in die eheliche Wohnung gebracht worden, so daß die Ehefrau Mitbesitz an ihnen erlangt hätte.

sonst in irgendeiner Weise daran mitzuwirken; auch zu der Anwartschaftsübertragung ist sein Einverständnis nicht notwendig. Diese Selbständigkeit der Anwartschaft muß sich auf die besitzrechtliche Konstruktion des Übertragungsvorgangs insofern auswirken, als es dann genügen muß, wenn der Sicherungsnehmer Besitzmittlungswillen in Richtung auf den Eigentümer der Vorbehaltsgegenstände zeigt, auch ohne genau zu wissen, wer nun diese Person wirklich ist³⁸⁹⁾.

Daß ein Besitzmittler keine Kenntnis von der Person seines Oberbesitzers hat, ist nicht ungewöhnlich. Wird mittelbarer Besitz gem. §870 durch Abtretung des den Besitzvermittelnden Herausgabeanspruchs übertragen, so ist der Besitzwechsel nicht davon abhängig, daß der unmittelbare Besitzer von der Übertragung erfährt und seinen Besitzmittlungswillen in Richtung auf den neuen Oberbesitzer "dreht". Der Abtretungsempfänger wird neuer mittelbarer Besitzer, obwohl der Mittler noch für den alten Oberbesitzer besitzt³⁹⁰⁾.

Schließlich muß noch im Verhältnis Vorbehaltsverkäufer - Sicherungsnehmer das Merkmal der Besitzrechtsableitung vorliegen: Der Besitz des Mittlers (des Sicherungsnehmers) muß Ausdruck eines vom Oberbesitzer (des Vorbehaltsverkäufers) abgeleiteten Besitzrechts sein.

Läßt die Auslegung der Sicherungsabrede zwischen

389. Zunft, NJW 1957, 4482 "Die Eigentumsanwartschaft als das dingliche Recht, im Augenblick der Zahlung des Restkaufpreises Eigentümer zu werden, kann ohne Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers erworben werden, daher kann auch der Anwartschaftserwerber den Willen haben, den höchststufigen mittelbaren Besitz einem ihm zunächst unbekannten Eigentümer zu vermitteln".

390. Vgl. Palandt-Degenhardt, BGB, §870 Anm. 2 m.w.N.

Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer die Annahme eines partiellen Schuldbeitritts des Sicherungsnehmers in Pflichten des Vorbehaltskäufers gegenüber dem Verkäufer zu, so wird der Inhalt und der Umfang des Besitzrechts des Sicherungsnehmers durch das Rechtsverhältnis bestimmt, das ihn infolge des Schuldbeitritts mit dem Verkäufer verbindet: Über §417 I bekommt der Sicherungsnehmer, auch ohne Vertragspartei des Verkäufers geworden zu sein, eine parteiähnliche Stellung und leitet so sein Besitzrecht aus der übergeordneten und stärkeren Rechtsposition des Verkäufers ab.

Spricht man sich für die dingliche Natur der Eigentumsanwartschaft aus, hat der Sicherungsnehmer aufgrund seiner Anwartschaft ein absolutes, gegenüber jedermann wirkendes Recht zum Besitz. Trotz dieses absoluten Rechts, das ihn auch dem Vorbehaltseigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt, erscheint sein Besitzrecht gegenüber dem des Vorbehaltseigentümers inhaltlich eingeschränkt und diesem untergeordnet: Er ist nur auf Zeit, nämlich für die Dauer der Anwartschaft zum (Fremd-)Besitz der Vorbehaltssache berechtigt und hat aufgrund des gesetzlichen Schuldverhältnisses, das ihn mit dem Vorbehaltseigentümer verbindet, für sorgfältige, die Sachsubstanz nicht beeinträchtigende Behandlung des Vorbehaltsguts zu sorgen.

Gibt man dem Sicherungsnehmer nur ein obligatorisches Recht zum mittelbaren (Fremd-)Besitz der Vorbehaltssache, so leitet er dieses zuvorderst vom Vorbehaltskäufer ab; da nun aber dessen Besitzrecht aus der übergeordneten Rechtsstellung des Verkäufers herrührt, von diesem abgeleitet ist, erscheint das Besitzrecht des Sicherungsnehmers auch nur als Ausschnitt aus der gesamten Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers. Deutlicher noch als beim dinglichen Anwartschaftsrecht tritt dessen stärkeres Recht hervor; schon bloßer Verzug oder

Schlechtbehandlung der Vorbehaltssache³⁹¹⁾ bringen sein Besitzrecht zum Wegfall, ohne daß es eines Rücktritts vom Kaufvertrag bedarf.

Damit sind die Anforderungen, die das Gesetz an das Bestehen eines Besitzmittlungsverhältnisses stellt, zwischen Vorbehaltsverkäufer und Sicherungsnehmer erfüllt; der Sicherungsnehmer, selbst mittelbarer Fremdbesitzer, vermittelt dem Vorbehaltseigentümer den höchststufigen mittelbaren Eigenbesitz.

2. Mehrfach gestufter mittelbare Besitz i.S. des §871 zwischen dem Vorbehaltskäufer, dem Sicherungsnehmer und dem Vorbehaltseigentümer

Für die besitzrechtliche Konstruktion der Anwartschaftsübertragung entsprechend §930 vom Vorbehaltskäufer auf den Sicherungsnehmer ergibt sich aus den vorangegangenen Untersuchungen folgendes Bild: Zwischen den unmittelbar besitzenden Vorbehaltskäufer (Fremdbesitzer) und den mittelbar besitzenden Vorbehaltsverkäufer (Eigenbesitzer) schiebt sich infolge der Anwartschaftsübertragung der Sicherungsnehmer. Er drängt den Vorbehaltsverkäufer, dessen mittelbarer Eigenbesitz durch die Anwartschaftsübertragung nicht beendet wird, auf die zweite Stufe der Besitzleiter und setzt sich selbst auf die erste Stufe. Zwischen den beiden mittelbaren Oberbesitzern besteht ein Besitzmittlungsverhältnis, demzufolge der Sicherungsnehmer dem Vorbehaltsverkäufer den Besitz vermittelt. Vorbehaltskäufer, Sicherungsnehmer und Vorbehaltsverkäufer stehen somit auf einer Besitzleiter i.S. des §871: Der Vorbehaltskäufer als unmittelbarer Besitzer

391. So die überwiegende A. derer, die sich für ein obligatorisches Besitzrecht des Anwärters aussprechen, s.o.S.41, Fußn. 118.

vermittelt in nachgeordneter Stufenfolge dem Sicherungsnehmer und dem Vorbehaltsverkäufer den Besitz.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR.	Archiv für Bürgerliches Recht
AT.	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Ober- sten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Beil.	Beilage
betr.	betreffend
DB	Der Betrieb
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise
dergl.	dergleichen
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
ErbB.RV	Verordnung über das Erbbaurecht
EV.	Eigentumsvorbehalt
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Hbd.	Halbband
HdW R	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
HGB	Handelsgesetzbuch

h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtssprechung
Inst.	Institutionen
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.	im Sinne
JherJb.	Jherings Jahrbücher
JR	Juristische Rundschau
Jud.	Judicium
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG	Kammergericht
KGBl.	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts
KO	Konkursordnung
KrVJSchr.	Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive
m.w.N.	mit weiteren Nennungen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr.	Sammlung der Rechtssprechung der Ober- landesgerichte
Pand.	Pandekten
Prot.	Protokolle
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichs- gerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtssprechung

S.	Seite
SeuffArch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Sp.	Spalte
SchR.	Schuldrecht
SR.	Sachenrecht
str.	strittig
VersR.	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VerglO	Vergleichsordnung
WarnRspr.	Warneyers Rechtssprechung des Reichs- gerichts
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Konkursrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Literaturverzeichnis

- Abendheimer, Karl: Zur Frage der Übertragung der Anwartschaftsrechte, die dem Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache zustehen, JW 1931, 3061.
- Achilles-Greifff: Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Aufl., 1958 (zit.: BGB).
- Ahlers, Herbert: Das Vorbehaltseigentum in der Einzelvollstreckung, Diss.Heidelberg 1934.
- Arnold, Vincent: Die Hilfsvollstreckung, insbesondere in Anwartschaftsrechte und Urkunden, Diss.Heidelberg 1958.
- Asch, Arthur: Die Zwangsvollstreckung in Rechte aus Abzahlungsverträgen, ZZP 58, S.241.
- Ascher, Walter: Anmerkung in LM §932 BGB Nr. 4.
- Bach: Buchbesprechung in JW 1938, S.932.
- Barth, A.: Verfügungen über zukünftige Rechte, Gruch. 58, 577.
- Bartholomeyczik, Horst: Erbrecht, 6. Aufl., München und Berlin 1964.
- Bauknecht: Die Pfändung des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung, NJW 1954, S.1773.
- , Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht, NJW 1955, S.1251.
- , Kann der Vorbehaltskäufer nach Verjährung des Kaufpreisanspruchs die Herausgabe der Sache verweigern? MDR 1956, S.722.
- , Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung im Konkurs, NJW 1956, S.1177.
- Baur, Fritz: Lehrbuch des Sachenrechts, 6. Aufl., München 1970.
- Bendix, Ludwig: Wie sind Leihmöbel pfändbar? KG Bl. 1906, S.69.
- Behrend, Hans: Zwangsvollstreckung beim Eigentumsvorbehalt, Diss.Erlangen 1929.

- Bilshowsky: Der Verlust einer tatsächlichen Anwartschaft, AcP 153, S.80.
- Biermann, Johannes: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; 3. Band: Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.
- Bley, Erich: Zur Frage der Anwendbarkeit des §17 KO auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt, Judicium 1932, S.199.
- Blomeyer, Arwed: Studien zur Bedingungslehre, 1. Teil, Berlin und Leipzig 1938; 2. Teil, Berlin 1939.
- , Kreditsicherung durch Übertragung von Anwartschaftsrechten aus bedingter Übereignung, NJW 1951, S.548.
 - , Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb, AcP 153, S. 239.
 - , Urteilsbesprechung, JZ 1956, S.416.
 - , Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1969.
- Blomeyer, Jürgen: Nochmals: Der Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers, Betrieb 1969, 2117.
- , Der Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers, JZ 1968, 691.
- Boehmer, Gustav: Einführung in das bürgerliche Recht, Tübingen 1954.
- , Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtslebens, 3. Band, Berlin - Leipzig 1929, S.216.
- Boehle-Stamschräder: Konkursordnung, 10. Aufl. München 1971
- Brandis: Die Übertragung des Anwartschaftsrechts, das bei der bedingten Eigentumsübertragung entsteht, JW 1931, S.505.
- Brecht, Arn.: Bedingung und Anwartschaft, JherJb. 61, S.263.
- Brühning: Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers, NJW 1959, S.1067.
- Bruns, Viktor: Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910.

- Caemmerer, Ernst von: Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 1953, S.97.
- , Der verlängerte Eigentumsvorbehalt, in: Gesammelte Schriften von Ernst von Caemmerer, Bd. II, S.377.
- Crisolli-Ostler: Abzahlungsgesetz, 5. Aufl., Berlin 1958.
- Crome, Carl: System des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Band: Einleitung und allgemeiner Teil, 1900; 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 1902.
- Däubler, Wolfgang: Rechtsgeschäftlicher Ausschluß der Veräußerlichkeit von Rechten, NJW 1968, S. 1117.
- Diederichsen, Uwe: Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, Kiel 1965.
- Dölle, Hans: Urteilsanmerkung, JW 1932, S.1212.
- , Familienrecht, Karlsruhe 1964.
- Duden, Konrad: Urteilsbesprechung, JZ 1954, 41.
- Eichler, Hermann: Institutionen des Sachenrechts, 1. Band, Berlin 1954; 2. Band, 1. Hbd., Berlin 1957; 2. Band, 2. Hbd., Berlin 1960.
- Emmerich, Hugo: Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909.
- Endemann, Friedrich: Anwartschaft, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1. Band, Berlin-Leipzig 1926.
- , Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band: Sachenrecht, 8/9. Aufl. Berlin 1905.
- Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958.
- Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Hbd., Tübingen 1958; 2. Hbd., Tübingen 1960.
- Erman, Walter: Handkommentar zum BGB, 1. Band, 5. Aufl., Münster 1972; 2. Band, 5. Aufl., Münster 1972.

- Esser, Josef: Schuldrecht, 1. Band: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970; 2. Band: Besonderer Teil, 4. Aufl. Karlsruhe 1971.
- Fachinger: Der Eigentumsvorbehalt als Kreditsicherungs mittel, DJZ 1933, S.490.
- Flatau, Ernst: Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel, Diss.Berlin 1909.
- Flume, Werner: Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 161, S. 385.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Berlin 1965.
- Forkel, Hans: Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, Erlangen 1962.
- Franke, Ch.: Eigentumsvorbehalt und Pfändung, ZZP 40, S.461.
- Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht, 2. Band: Sachenrecht, Leipzig 1905.
- Gelhaar: Anm. zu BGH LM Nr. 7 zu §930 BGB.
- Georgiades, Apostolos: Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf, Tübingen 1963.
- Haas, Rudolf: Die Anwartschaft aus bedingter Übereignung und der verlängerte Eigentumsvorbehalt, Diss.Frankfurt 1957.
- Hartmann, Rüdiger: Zur Frage des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, Diss.Göttingen 1937.
- Heck, Philipp: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.
- Heidmann, Klaus: Das Anwartschaftsrecht des Käufers unter Eigentumsvorbehalt in der Rechtsfortbildung, Diss.Freiburg 1953.
- Hellwig, Konrad: Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
- Henke, Horst-Eberhard: Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit, Berlin-Köln 1959.

- , Der Vorbehaltskäufer - doppelter Besitzmittler?
JZ 1959, S.202.
- Herboth, Hermann: Das gutgläubig erworbene Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, Diss.Mainz 1956.
- Herrschel, Wilhelm: Urteilsbesprechung, JW 1933,1997.
- Holtz, Walter: Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung als Kreditsicherungsmittel, Diss. Kiel 1932.
- , Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung und seine Übertragung, DJZ 1934, S.460.
- Hopp, Rudolf: Eigentumsvorbehalt und Eigentumsanwartschaftsrecht, Berlin 1938.
- Hüber, Ulrich: Die Stellung des Abnehmers im Konkurs des Lieferanten beim Kauf und Eigentumsvorbehalt, BB 1964, S. 731.
- Imlau, Erich: Hat der bedingte Eigentümer einer beweglichen Sache ein Anwartschaftsrecht?
MDR 1961, S.193.
- Jacobi, Ernst: Urteilsbesprechung, JW 1930, S.331.
- Jaeger-Lent: KO, 1. Band, 8. Aufl., Berlin 1958.
- Janberg, Hans: Anwartschaftsrecht als Kreditsicherungsmittel, DB 1950, S.521.
- Kisch: Buchbesprechung, KrVJSchr. 54, S.119.
- Klauss, Herberth: Abzahlungsgeschäfte, Stuttgart-Köln 1950.
- Gluckhohn, Wilhelm: Die Verfügungen zugunsten Dritter, München 1914.
- Knöchlein, Gerhard: Grundstückskauf und Konkurs, DNotZ. 1959, S.3.
- Kress, Hugo: Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, München und Berlin 1934.
- , Besitz und Recht, Nürnberg und Leipzig 1909.
- Kühne, Eberhard: Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Diss.Rostock 1929.

Kupfer, Willi: Die übertragbaren gesellschaftlichen Rechte des Teilhabers einer OHG. Ein Beitrag zur Lehre vom Anwartschaftsrecht, Diss. Greifswald 1925.

Lange, Heinrich: Ware und Geld, 2. Aufl., Tübingen 1943.

-, Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung, NJW 1950, 565.

-, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., München 1969.

Lange, Hermann: Eigentumserwerb im Falle des § 934 Halbs. 1 BGB - BGHZ 50, 45, in JuS 1969, S. 162.

-, Eigentumsvorbehalt und Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers - BGHZ 54, 214, in JuS 1971, S. 511.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960.

-, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., München, 1972.

-, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 10. Aufl., München 1972.

Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. Aufl., Berlin 1963

-, Der Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren, Festschrift für Richard Schmidt, 1. Band, Leipzig 1932, S. 346.

Lent-Schwab: Sachenrecht, 13. Aufl., München 1972.

Liermann, Stephan: Anwartschaft auf Eigentumserwerb und Zwangsvollstreckung, JZ 1962, S. 658.

Lübtow, Ulrich v.: Das Grundpfandrecht am Vorbehalts Eigentum - BGHZ 35, S. 85, in JuS 1963, S. 171 ff.

Machleid, Wilhelm: Rudimente formalistischer Jurisprudenz, JZ 1959, 145.

Mangik, Alfred: Urteilsbesprechung, JW 1928, S. 398.

-, Tatsachen, juristische, Wörterbuch der Rechtswissenschaft, 5. Band, Berlin - Leipzig 1928, S. 847.

Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München. 1971.

- Meister, Hans: Pfändung aufschiebend bedingten und künftigen Eigentums, NJW 1959, S.608.
- Menzel-Kuhn: **Kommentar zur Konkursordnung**, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1962.
- Merkel: Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren, JW 1931, 2088 e.
- Michael sen, Fridtjof: Das Anwartschaftsrecht im BGB, Diss. Köln 1933.
- Mormann: Praktische Probleme der Anschlußsicherungs-übereignung, Ehrengabe für Hensinger.
- Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1888; 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse; 3. Band: Sachenrecht.
- Müller-Erbach, Rudolf: Das Recht des Besitzes aus der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage, AcP 142, S.5.
- Müller-Freienfels, Wolfram: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955.
- Müller, Wulf: Heimlicher Gutgläubenserwerb, AcP 137, S.86.
- Münzel, Karl: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, MDR 1951, S.129.
- , Grundsätzliches zum Anwartschaftserwerb, MDR 1959, S.345.
- Nauenberg, Max: Die Anwartschaft aus bedingter Übereignung als beschränktes dingliches Recht, Diss. Heidelberg 1933.
- Nipperdey, Karl: Urteilsbesprechung, MDR 1960, S.288.
- Oertmann, Paul: Die Rechtsbedingung, Leipzig 1924.
- , Die Erfüllungspflicht des Verkäufers, LZ 1927, Sp. 9/16.
- , **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 1. Band; Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927.
- Ohr, Günther: Kann der Vorbehaltskäufer den wirtschaftlichen Wert seiner Anwartschaft auf Erwerb des Eigentums an der Kaufsache auch ohne Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers zur Kre-

ditsicherung nutzbar machen? MDR 1954,343.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 32. Aufl., München 1973.

Paulus, Gotthard: Kreditsicherung durch Übertragung von Eigentum und Anwartschaften, JZ 1957, S.41.

Planck: **Kommentar zum BGB**, 1. Band: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913; 2. Band, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, Besonderer Teil, 4. Aufl., Berlin 1928; 3. Band, Sachenrecht, 5. Aufl., Berlin 1933.

Pohle, Rudolf: Urteilsbesprechung, MDR 1956,732.

Protokolle der **Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB**, im Auftrag des Reichsjustizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn: 3. Band, Sachenrecht, Berlin 1899.

Radke, Georg: Anwartschaften und Anwartschaftsrechte des Bürgerlichen Rechts, Diss.Leipzig 1913.

Raiser, Ludwig: Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961.

-, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, S.465.

Regelsberger, Ferdinand: Pandekten, Leipzig 1893.

Reich, Norbert: Urteilsbesprechung, NJW 1971, S.757.

Reichsgerichtsräte-Kommentar: **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl.: 2. Band, 1. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, Berlin 1959; 3. Band, 1. Teil, Sachenrecht, Berlin 1959; 3. Band, 2. Teil, Sachenrecht, Berlin 1960; 5. Band, 1. Teil, Erbrecht, Berlin 1960.

Ronke, Maximilian: Zur Pfändung und Verpfändung des mit der Auflassung entstehenden sogenannten dinglichen Anwartschaftsrechts, Festschrift für Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961.

- Rosenberg, Leo: Sachenrecht, 1. Hbd., München 1919.
- , Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht, DJZ 1912, 542.
 - , Urteilbesprechung, JW 1932, 3182.
- Röttemann, Wilhelm: Urteilsbesprechung, MDR 1954, S. 96.
- Röwer, Heinz-H.: Verletzung des durch die Auflassung entstandenen Anwartschaftsrechts, NJW 1961, S. 539.
- Rühl, Helmut: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, einschließlich des Rechts der Teilfinanzierung, Berlin 1930.
- Seipp, Walter: Zur Frage des Besitzrechts des Anwartschaftsberechtigten aus der aufschiebend bedingten Übereignung beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, Diss. Frankfurt 1952.
- Serick, Rolf: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, 1. Band, Heidelberg 1963.
- Siebert, Wolfgang: Ist bei der aufschiebend bedingten Übereignung die Fortdauer der Einigung bis zum Eintritt der Bedingung erforderlich? JW 1933, S. 2440.
- Sittel, Gerhard: Beiträge zum Recht der Anwartschaft aus bedingter Eigentumsübertragung, Diss. Hamburg 1952.
- Schlegelberger, Franz: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Band, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1965.
- Schlosser, Hans: Außenwirkungen verfügungshindernder Abreden bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand, NJW 1970, 681.
- Schnorr v. Carolsfeld, Ludwig: Buchbesprechung in Krit.VJSch. 66, 174.
- , Einige sachenrechtliche Fragen aus dem Erbfrecht, AcP 145, 348.

- Sponer, Wolfdieter: Das Anwartschaftsrecht und seine Pfändung, Bielefeld 1965.
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
1. Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1957;
2. Band, 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 1955; 3. Band, 1. Teil, Sachenrecht, 11. Aufl., 1956; 3. Band, 2. Teil, Sachenrecht, 11. Aufl., 1963; 5. Band, 1. Teil, Erbrecht, 11. Aufl. 1954.
- Stein-Jonas-Schönke-Pohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., Tübingen 1953.
- Stoeber, Rolf: Eigentumsanwartschaftsrecht und Versicherungsrecht, Diss. Göttingen 1937.
- Stoll, Hans: Das Anwartschaftsrecht des gutgläubigen Vorbehaltskäufers - OLG Karlsruhe, NJW 1966, 885, in JuS 1967, S. 14.
- Stracke, Hans: Zur Lehre von der Abtretbarkeit der Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, Diss. Tübingen 1955.
- Strohal, Emil: Grenzen der Rechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung, Festgabe für Degenkolb, 1905, S. 135.
- Strohm, Alfred: Der Begriff der Anwartschaft im Hinblick auf die Verwertung der Eigentumsanwartschaft als Sicherungsmittel, Diss. Münster 1939.
- Stulz, Günter: Buchbesprechung, JW 1930, S. 2771.
- Thiesing: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? ArchBürgR. 20, 240.
- Tuhr, Andreas v.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Leipzig 1910; 2. Band, 1. Hälfte, Leipzig 1914; 2. Band, 2. Hälfte, München-Leipzig 1918.

- Ungerer: Das Anwartschaftsrecht in Konkurs,
Treuhand und Schiedsgerichtswesen 1969, S. 200.
- Vosikis, Dimopoulos: Zum Problem der dinglichen
Pflicht, AcP 167,515.
- Walsmann, Hans: Der Verzicht, Leipzig 1912.
- Wesenberg, Gerhard: Verträge zugunsten Dritter,
Weimar 1949.
- Westermann, Harry: Probleme der Sicherungsüber-
eignung von Warenlagern, NJW 1956,1297;
-, Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Aufl., Karlsruhe
1966.
- Wendt: Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Ge-
setzbuchs, AcP 87,44.
- Wieacker, Franz: Der Eigentumsvorbehalt als dingliche
Vorzugshaftung, ZAkDR 38,590.
-, Die Forderung als Mittel und Gegenstand der
Vermögenszuordnung, DRW 1941,49.
-, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung,
AcP 148,57.
- Wiesner: Die Forderung als Anrecht und Zuständig-
keit, JR 1967,321.
- Wiethölter, Rudolf: Kauf unter Eigentumsvorbehalt
und Gewährleistung für Rechtsmängel, JZ 1961,693.
- Wolff, Martin: Der Mitbesitz nach dem Recht des
Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich,
JJahrb. 44,143.
- Wolff-Raiser: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Sachenrecht, 10. Aufl. 1957.
- Würdinger, Hans: Die privatrechtliche Anwartschaft
als Rechtsbegriff, München 1928.
- Zitelmann, Ernst: Internationales Privatrecht,
2. Band, München-Leipzig 1912.
- Zunft, Fritz: Der Eigentumserwerb des Erwerbers
einer Anwartschaft, NJW 1956, S. 1420.

- , Die Übertragung der Eigentumsanwartschaft
gem. §930 BGB, NJW 1957, S. 445.
- , Der Vorbehaltskäufer - doppelter Besitz-
mittler? JZ 1959, S.279.

Lebenslauf

Ich wurde am 21. 7. 1946 als Sohn des Kreisbaurats Georg und seiner Ehefrau Franziska Loesti geboren.

In Starnberg besuchte ich vier Jahre die Volksschule und wechselte dann auf das Realgymnasium Starnberg über, wo ich 1965 die Reifeprüfung ablegte.

Am 21. Oktober 1965 begann ich an der Universität München das Studium der Rechtswissenschaften, das ich am 24. Juli 1970 mit Ablegung der Ersten Juristischen Staatsprüfung abschloß. Am 1. September 1970 wurde ich zum Rechtsreferendar ernannt.

Von Privatdozent Dr. Grassmann erhielt ich im Dezember 1970 das Thema meiner Dissertation "Zur sicherungshalben Übertragung der Eigentumsanwartschaft". Am 21. Dezember 1973 legte ich die mündliche Doktorprüfung an der Universität München ab.



